

كشاف القناع عن متن الإقناع

تأليف

الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي

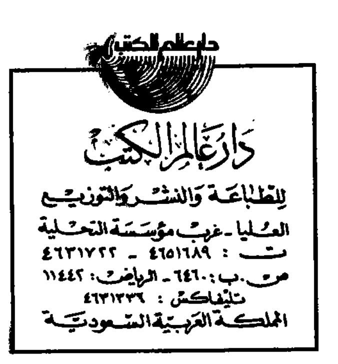
تحقيق

إبراهيم أحمد عبد الحميد

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض

طبعة خاصة

١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م

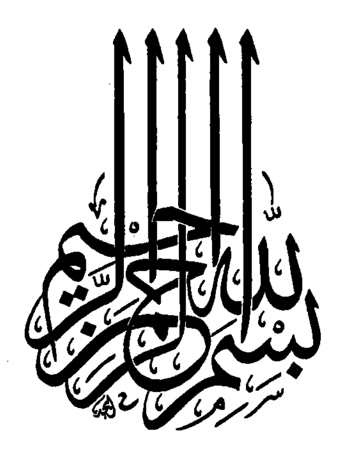


طبعت هذه الطبعة بموافقة خاصة منه

مكتبة نزار مصطفى الباز

مكة المكرمة - الشامية - هاتف : ٥٧٤٩٠٢٢ الرياض - شارع السويدي العام . هاتف : ٤٢٤٠٣٥٣


كشاف القناع
عن
متن الإقناع


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الطلاق

وأجمعوا على جوازه لقوله تعالى : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ﴾ [١] ، وقوله : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [٢] ، وقوله ﷺ : « إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ » [٣] . والمعنى يدل عليه، لأن الحال ربما فسد بين الزوجين فيؤدي إلى ضرر عظيم فبقاؤه إذن مفسدة محضة فشرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه .

(وهو) أي الطلاق مصدر طلقت المرأة بفتح اللام وضمها ، أي بانت من زوجها فهي طالق وطلقها زوجها فهي مطلقة ، وأصله التخلية ، يقال : طلقت الناقة إذا سرحت حيث شاءت ، وحبس فلان في السجن طلقا بغير قيد .

وشرعاً : (حل قيد النكاح أو بعضه) أي بعض قيد النكاح إذا طلقها طلقة رجعية ، (ويباح) الطلاق (عند الحاجة إليه لسوء عشرتها ، وكذا) يباح (للتضرر بها من غير حصول الغرض بها) فيباح له دفع الضرر عن نفسه، (ويكره) الطلاق (من غير حاجة) إليه ، لحديث ابن عمر : « أَبْغَضُ الحلالِ إلى اللهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ » [٤] رواه أبو داود وابن ماجة . قال في المبدع : ورجاله ثقات ، (ومنه) أي الطلاق (محرم كفى الحيض ونحوه) كالنفاس وطهر وطيء فيه لما يأتي ، (ومنه) أي الطلاق (واجب كطلاق المولي بعد التربص) أربعة أشهر من حلفه (إذا لم يفيء) أي يطأ لما يأتي في بابه .

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٩ . (٢) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجة في كتاب الطلاق ، باب طلاق العبد ، وفي الزوائد : « هذا إسناد ضعيف لضعف ابن لهيعة وهو من رواية ابن عباس رضي الله عنه ، ويقول صاحب مصباح الزجاجة في (٢/ ٧٣٤)، رواه الدارقطني في السنن من حديث ابن عباس أيضاً ، لكن لم ينفرد به ابن لهيعة ، فقد رواه الحاكم من طريق بقية بن الوليد قال : حدثني أبو الحجاج المهدي عن موسى بن أيوب ، ورواه البيهقي عن الحاكم ، ثم رواه البيهقي من طريق موسى بن داود عن ابن لهيعة عن موسى بن أيوب عن عكرمة مرسلاً ، ولم يذكر ابن عباس ، وقال : وروى من أوجه أخر مرفوعاً وفيه ضعف ، راجع المصدر السابق : ٢/ ١٤٠ .

(٤) الحديث من رواية ابن عمر أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الطلاق ، باب في كراهية الطلاق ، الحديث (٢١٧٨) ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ١/ ٦٥٠ ، كاب الطلاق ، باب (١) ، الحديث (٢٠١٨) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٢/١٩٦ ، كتاب الطلاق ، باب ما أحل الله شيئاً أبغض إليه .... ، وقال : « صحيح » ، وقال الذهبي : « على شرط مسلم واللفظ لابن ماجة » .

(ويستحب) الطلاق (لتفريطها) أي الزوجة (في حقوق الله الواجبة مثل الصلاة ونحوها ، ولا يمكنه إجبارها) عليها أي على حقوق الله ، (و) يستحب الطلاق أيضاً (في الحال التي تحوج المرأة إلى المخالفة من شقاق وغيره ليزيل الضرر وكونها غير عفيفة) قال أحمد : لا ينبغي له إمساكها ، وذلك لأن فيه نقصاً لدينه ولا يأمن إفسادها فراشه وإلحاقها به ولداً من غيره ، (و) يستحب الطلاق أيضاً (لتضررها بـ) بقاء (النكاح) لبغضه أو غيره ، (وعنه) أي أحمد (يجب) الطلاق (لتركها عفة ولتفريطها في حقوق الله تعالى . قال الشيخ : إذا كانت تزني لم يكن له أن يمسكها على تلك الحال بل يفارقها وإلا كان ديوثاً . انتهى) وورد لعن الديوث ، واللعن من علامات الكبيرة على ما يأتي ، فلهذا وجب الفراق وحرمت العشرة ، (ولا بأس بعضلها في هذا الحال والتضييق عليها لتفتدي منه) لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعضُلُوهُنَّ لِتَذْهبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيتُمُوهُنَّ إلا أَنْ يَأتِينَ بِفَاحِشَةٍ مبَينَةٍ ﴾ [1] ، (والزنا لا يفسخ نكاحها) أي الزانية ، لكن يستبرئها إذا أمسكها بالعدة ، (وتقدم في باب المحرمات في النكاح ، وإذا ترك الزوج حقاً لله) تعالى (فالمرأة في ذلك مثله ، فـ) يستحب لها أن (تختلع) منه لتركه حقوق الله تعالى ولا يجب الطلاق إذا أمره به أبوه ، فلا تلزمه طاعته في الطلاق ، لأنه أمره بما لا يوافق الشرع ، (وإن أمرته به) أي الطلاق (أمه فقال) الإمام (أحمد : لا يعجبني طلاق) لعموم حديث : « أبغضُ الحلالِ إلَى اللهِ الطّلاقُ » [2] ، (وكذا إذا أمرته) أمه (ببيع سريته) لم يلزمه بيعها (وليس لها) أي الأم (ذلك) أي أمره ببيع سريته ولا طلاق امرأته لما فيه من إدخال الضرر عليه .

(ويصح الطلاق من زوج عاقل مختار ولو مميزاً يعقله) أي الطلاق ، (ولو) كان المميز (دون عشر) لعموم قوله ﷺ : « إنَّ الطلاقَ لمَنْ أَخذَ بالسّاقِ » ، وقوله : « كُلُّ الطلاقِ جَائِزٌ إلا طَلَاقَ المعتُوهِ والمغلُوبِ عَلَى عَقْلِه » [3] ، وعن علي : « اكتُمُوا الصبيَانَ النّكَاحَ » فيفهم أن فائدته أن لا يطلقوا ، ولأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق فوقع كطلاق البالغ ، ومعنى كون المميز يعقل الطلاق أن (يعلم) المميز (أن زوجته تبين منه وتحرم عليه) إذا طلقها .

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٩ .
(٢) راجع (٤) في الصفحة السابقة .
(٣) الحديث أخرجه البخاري معلقاً في الصحيح ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤٩٦/٣ ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المعتوه ، الحديث (١١٩١) ، وقال : « هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان ، وعطاء بن عجلان ضعيف ، ذاهب الحديث » .

(ويصح توكيله) أي المميز في الطلاق ، (و) يصح أيضاً (توكله فيه) لأن من صح منه مباشرة شيء صح أن يوكل وأن يتوكل فيه ، (ويصح) الطلاق (من كتابي) ومجوسي وغيرهما من الكفار وتقدم في أنكحة الكفار ، (و) يصح الطلاق أيضاً من (سفيه) ولو بغير إذن وليه ومن عبد ولو بغير إذن سيده، لأنه لا يتعلق بالمال مقصوده ، (و) يصح الطلاق أيضاً (ممن لم تبلغه الدعوة) كسائر تصرفاته ، قال في المبدع : من لم تبلغه الدعوة فهو غير مكلف ويقع طلاقه ، ذكره في الانتصار وعيون المسائل والمفردات، (و) يصح الطلاق أيضاً من (أخرس تفهم إشارته ، ويأتي في باب صريح الطلاق وكنايته (مفصلاً) وطلاق مرتد (بعد الدخول) موقوف ، فإن (أسلم في العدة تبينا وقوعه ، وإن (عجلت الفرقة) بأن لم يسلم حتى انقضت العدة أو ارتد قبل الدخول ، (فـ) طلاقه (باطل) لانفساخ النكاح قبله باختلاف الدين ، (وتزويجه) أي المرتد ذكراً كان أو أنثى (باطل) وتقدم في النكاح ، (وتعتبر إرادة لفظ الطلاق لمعناه) أي أن لا يقصد بلفظ الطلاق غير المعنى الذي وضع له ، (فلا طلاق) واقع (لفقيه يكرره ، و) لا لـ (حاك عن نفسه أو غيره) لأنه لم يقصد معناه ، بل التعليم أو الحكاية ، (ولا) طلاق (من زال عقله بسبب يعذر فيه كالمجنون والنائم والمغمى عليه والمبرسم ومن به نشاف) لقوله ﷺ : « رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاثَة : عن الصَّبِيِّ حَتَّى يحتَلِمَ ، وَعَن النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعن المَجْنُونِ حتَّى يُفِيقَ »[1] ، ولأن الطلاق قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبيع ولو زال عقله بضربه نفسه .

(ولا) طلاق (لمن أكره على شرب مسكر) فشربه وطلق في سكره ، (أو شرب ما يزيل عقله ولم يعلم أنه يزيل العقل ، أو أكل بنجا ونحوه ولو لغير حاجة) لأنه لا لذة فيه، وفرق الإمام أحمد بينه وبين السكران فألحقه بالمجنون ، (فإن ذكر المجنون والمغمى عليه بعد إفاقتهما أنهما طلقا وقع) الطلاق (نصاً) لأنه إذا ذكر الطلاق وعلم به دل ذلك على أنه كان عاقلاً حال صدوره منه فلزمه . قال الموفق : هذا والله أعلم فيمن

---

(١) الحديث أخرجه البخاري معلقاً في كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الحدود ، باب في المجنون يسرق ، الحديث (٤٤٠٣) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤/ ٣٢ ، كتاب الحدود ، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد ، الحديث (١٤٢٣) ، واللفظ له ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ١/ ٦٥٨ ، كاب الطلاق ، باب طلاق المعتوه ، الحديث (٢٠٤١)، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٣٦٠) ، كتاب الحدود ، باب فيمن لا حد عليه ، الحديث (١٤٩٧) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ١/ ٢٥٨ ، كتاب الصلاة ، باب رفع القلم عن ثلاث : .... ، وقال : « صحيح على شرط الشيخين » ، ووافقه الذهبي .

جنونه بذهاب معرفته بالكلية وبطلان حواسه ، وأما من كان جنونه لنشاف أو كان مبرسما فإن ذلك يسقط حكم تصرفه مع أن معرفته غير ذاهبة بالكلية فلا يضره ذكره للطلاق إن شاء الله تعالى .

(ويقع طلاق من زال عقله بسكر ونحوه) كمن شرب ما يزيل العقل عالماً به (محرم) بأن يكون مختاراً عالماً به ، (ولو خلط في كلامه وقراءته أو سقط تمييزه بين الأعيان ، فلا يعرف متاعه من متاع غيره أو لم يعرف السماء من الأرض ولا الذكر من الأنثى ، ويؤاخذ) السكران ونحوه (بأقواله وأفعاله وكل فعل يعتبر له العقل من قتل وقذف وزنا وسرقة وظهار وإيلاء وبيع وشراء وردة وإسلام ونحوه) كوقف وعارية وغصب وقبض أمانة ، لأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف ، ولأنه فرط بإزالة عقله فيما يدخل فيه ضرراً على غيره ، فألزم حكم تفريطه عقوبة له وعنه أنه فيما يستقل به مثل عتقه وقتله وغيرهما كالصاحي وفيما لا يستقل به مثل بيعه ونكاحه ومعاوضته كالمجنون. قال في المحرر : حكاهما ابن حامد . (قال جماعة من الأصحاب : لا تصح عبادة السكران أربعين يوماً (حتى يتوب) ، وقاله الشيخ ، والحشيشة الخبيثة كالبنج ، قدمه الزركشي (والشيخ يرى) أن الحشيشة الخبيثة (حكمها حكم الشراب المسكر حتى في إيجاب الحد) ويفرق بينها وبين البنج بأنها تشتهي وتطلب، فهي كالخمر بخلاف البنج ، فالحكم عنده منوط باشتهاء النفس وطلبها ، وجزم في المنتهى بأنها تشتهي ، وشرحه بما قاله الشيخ من حيث وقوع الطلاق ، (والغضبان مكلف في حال غضبه بما يصدر منه من كفر وقتل نفس وأخذ مال بغير حق وطلاق وغير ذلك . قال ابن رجب في شرح الأربعين) النووية : ما يقع من الغضبان من طلاق وعتاق أو يمين ، فإنه يؤاخذ ، وفي نسخة بذلك كله بغير خلاف ، (واستدل لذلك بأدلة صحيحة) منها : حديث خويلة بنت ثعلبة امرأة أوس بن الصامت الآتي في الظهار ، وفيه غضب زوجها ، فظاهر منها، فأتت النبي ﷺ فأخبرته بذلك وقالت : إنه لم يرد الطلاق ، فقال النبي ﷺ : « مَا أرَاكِ إلا حَرُمت عَلَيْهِ »[1] أخرجه ابن أبي حاتم، وذكر القصة بطولها، وفي آخرها قال: فحول الله الطلاق فجعله ظهاراً . ومنها ما روى عن ابن عباس وعائشة وغيرهما في ذلك وأطال . وذلك في شرح الحديث السادس عشر من الأحاديث المذكورة ، (وأنكره على من يقول بخلاف ذلك) لأنه مكلف على ما دلت عليه الأخبار ، لكن إن غضب حتى

---

(١) يأتي تخريجه في باب الظهار .

أغمى أو أغشى عليه ، لم يقع طلاقه في تلك الحال لزوال عقله أشبه المجنون ، (ويأتي في باب الإيلاء) .

★ ★ ★

(فصل في طلاق المكره)

ومن أكره على الطلاق ظلماً بما يؤلم (كالضرب والخنق وعصر الساق والحبس والغط في الماء مع الوعيد ، فطلق) تبعاً لقول مكرهة (لم يقع) طلاقه ، رواه سعيد وأبو عبيد عن عثمان . وهو قول جماعة من الصحابة . قال ابن عباس فيمن يلزمه اللصوص فطلق ليس بشيء ، ذكره البخاري ، ولقوله ﷺ : « إِنَّ اللهَ وَضَعَ عن أُمَّتِي الخطأ والنِسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ » [1] رواه ابن ماجة والدارقطني . قال عبد الحق : إسناده متصل صحيح . وعن عائشة قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا طَلَاقَ ولا عَتَاقَ فِي إِغْلَاقٍ » [2] رواه أبو داود وهذا لفظه ، وأحمد وابن ماجة ولفظهما في إغلاق . قال المنذري : هو المحفوظ والإغلاق الإكراه ، لأن المكره مغلق عليه في أمره مضيق عليه في تصرفه ، كما يغلق الباب على الإنسان ، وخرج بقوله ظلماً ما لو كان بحق كإكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التربص إذا لم يفيء ، وإكراه الحاكم رجلين زوجهما وليان ولم يعلم السابق منهما ، لأنه قول حمل عليه بحق فصح ، كإسلام المرتد ، وقوله مع الوعيد تبع فيه الشارح وغيره ، أي أن الضرب وما عطف عليه إنما يكون إكراها مع الوعيد ؛ لأن الإكراه إنما يتحقق بالوعيد . فأما الماضي من العقوبة فلا يندفع بفعل ما أكره عليه ، وإنما يباح الفعل المكره عليه دفعاً لما يتوعد به من العقوبة فيما بعد . وظاهر

---

(١) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره والناسي ، الحديث (٢٠٤٥) ، وفي الزوائد : « هذا إسناد صحيح إن سلم من الانقطاع ، والظاهر أنه منقطع ، ويقول صاحب مصباح الزجاجة في (٢/ ١٣٠) ، قال المزي في الأطراف : رواه بشر بن بكر التنيسي عن الأوزاعي عن عطاء عن عبيد بن عمير عن ابن عباس .

(٢) الحديث من رواية أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، أخرجه أحمد في المسند : ٦/ ٢٧٦ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الطلاق باب في الطلاق على غلط ، الحديث (٢١٩٣) ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ١/ ٦٦٠ ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره .... ، الحديث (٢٠٤٦) ، وأخرجه الدارقطني في السنن : ٣٦/٤ ، كتاب الطلاق ، الحديث (٩٩) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ١٩٨/٢ ، كتاب الطلاق ، باب لا طلاق ولا عتاق في إغلاق ، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير : ٣/ ٢١٠ ، الحديث (١٥٩٨) عن الإغلاق : « فسره علماء الغريب بالإكراه ، وقيل: الجنون ، واستبعده المطرزي ، وقيل : الغضب .... » ، ورده ابن السيد فقال : لو كان كذلك لم يقع على أحد طلاق .

التنقيح والمنتهى وغيرهما أن الوعيد ليس بشرط مع العقوبة ، (وفعل ذلك) أي الضرب والخنق ونحوه مما تقدم (بولده) أي المطلق (إكراه لوالده) فلا يقع طلاقه على ما تقدم بخلاف باقي أقاربه ، (وإن هدده قادر) على إيقاع ما يضره هدد به (بما ضرره كثيراً كقتل وقطع طرف وضرب شديد وحبس وقيد طويلين وأخذ مال كثير وإخراج من ديار ونحوه ، أو) هدده (بتعذيب ولد) بشيء مما تقدم أو بقتله أو قطع طرفه ، وقوله : (بسلطان أو تغلب كلص ونحوه) كقاطع طريق متعلق بقادر (يغلب على ظنه) أي المطلق (وقوع ما هدده به ، و) يغلب على ظنه (عجزه عن دفعه ، و) عن (الهرب منه ، و) عن (الاختفاء ، فهو) أي التهديد بشروطه (إكراه) فلا يقع الطلاق معه بشرط لما تقدم، ولا يقال : لو كان الوعيد إكراهاً لكنا مكرهين على العبادات ، فلا ثواب، لأن أصحابنا قالوا : يجوز أنا مكرهون عليها، والثواب بفضله لا مستحقاً عليه عندنا ، ثم العبادات تفعل للرغبة ، ذكره في الانتصار ، (فإن كان الضرب) الذي هدد به (يسيراً في حق من لا يبالي به فليس بإكراه) لأنه ضرر يسير ، (و) إن كان الضرب يسيراً (في ذوي المروءات على وجه يكون آخراً، فلصاحبه وعضالة وشهرة فهو كالضرب الكثير، قاله الموفق والشارح) قال القاضي : الإكراه يختلف. قال ابن عقيل: وهو قول حسن .

(ولو سحر ليطلق كان إكراهاً ، قاله الشيخ) قال في الإنصاف : وهو أعظم الإكراهات (وقال) الشيخ : (إذا بلغ به السحر إلى أن لا يعلم ما يقول لم يقع به الطلاق . انتهى) لأنه لا قصد له إذن ، (ولا يكون السب ، و) لا (الشتم ، و) لا (الإخراق) أي الإهانة (وأخذ المال اليسير إكراهاً) لأن ضرره يسير ، (وينبغي لمن أكره على الطلاق وطلق أن يتناوله فينوي بقلبه غير امرأته ونحو ذلك) كأن ينوي بطلاق من عمل وبثلاث ثلاثة أيام خروجاً من خلاف من أوقع طلاق المكره إذا لم يتأول ، (ويأتي) بيان صور التأويل (في باب التأويل في الحلف ويقبل قوله) أي المكره (في نيته) أي في ما نواه ، لأنها لا تعلم إلا من قبله وهو أدرى بها ، ولقيام القرينة ، (فإن ترك التأويل بلا عذر) لم يقع طلاقه ، (أو أكره على طلاقه مبهمة) بأن أكره ليطلق واحدة من نسائه ، (فطلق) واحدة (معينة لم يقع) طلاقه ، لأن المبهمة التي أكره على طلاقها متحقق في المعينة فلا قرينة تدل على اختياره .

(ولو قصد إيقاع الطلاق دون دفع الإكراه) وقع، لأنه قصده واختياره، (أو أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها) وقع، لأنه لم يكره على طلاقها ، (أو) أكره (على) أن يطلق (طلقة فطلق ثلاثاً وقع) لأنه غير مكره على الثلاث . قلت : فظاهره أنه لو أكره على أن يطلق فطلق ثلاثاً لم تقع إن لم يقصد الإيقاع دون دفع الإكراه ، (وإن طلق من

أكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها) لأنه ليس مكرهاً عليه (دونها) أي دون طلاق المكره على طلاقها فلا يقع لما تقدم ، (والإكراه على العتق واليمين ونحوهما) كالظهار (كالإكراه على الطلاق) فلا يؤاخذ بشيء من ذلك من حال لا يقع الطلاق فيها على المكره على الطلاق ، (ويقع الطلاق في النكاح المختلف في صحته كالنكاح بولاية فاسق ، أو) النكاح (بشهادة فاسقين أو بنكاح الأخت في عدة أختها) البائن (أو نكاح الشغار ، أو) نكاح (المحلل أو بلا شهود أو بلا ولي وما أشبه ذلك) كنكاح الزانية في عدتها أو قبل توبتها ، ونكاح المحرم ولو لم ير المطلق لصحته ، نص على وقوعه أحمد (كبعد حكم) الحاكم (بصحته) إذا كان يراها والحاكم إنما يكشف خافياً أو ينفذ واقعاً ، لأن الطلاق إزالة ملك بني على التغليب والسراية ، فجاز أن ينفذ في العقد الفاسد إذا لم يكن في نفوذه إسقاط حق الغير كالعتق ينفذ في الكتابة الفاسدة بالأداء كما ينفذ في الصحيحة ، ونقل ابن القاسم قد قام مقام الصحيح في أحكامه كلها، (ويكون) الطلاق في النكاح الفاسد (بائناً) فلا يستحق عوضاً ، سئل عليه (ما لم يحكم بصحته) فيكون كالصحيح المتفق عليه ، (ويجوز) الطلاق في النكاح المختلف فيه (في حيض ، ولا يكون) طلاق (بدعة) لأن استدامة هذا النكاح غير جائزة ، (ويثبت فيه) أي النكاح المختلف في صحته (النسب) إن أتت بولد ، (والعدة) إن دخل أو خلا بها ، (والمهر) المسمى إن دخل بها كالصحيح ويسقط أيضاً به الحد ، ولا يستحق عوضاً ، سئل عليه ولا يصح الخلع لخلوه عن العوض وتقدم ، (ولا يقع) الطلاق (في نكاح باطل إجماعاً) كنكاح خامسة وأخت على أختها ، (ولا) يقع الطلاق (في نكاح فضولي قبل إجازته وإن نفذناه بها) أي بالإجازة ، ونقل حنبل إن تزوج عبد بلا إذن سيده جاز طلاقه وفرق بينهما ، (ويقع عتق في بيع فاسد) في ظاهر كلام الإمام أحمد وتعليله .



فصل

ومن صح طلاقه صح توكيله فيه ، (و) صح (توكيله فيه) لأن من صح تصرفه في شيء لنفسه مما تجوز الوكالة فيه صح توكيله وتوكله فيه ، ولأن الطلاق إزالة ملك فجاز التوكيل فيه كالعتق ، (فإن وكل) الزوج (المرأة فيه) أي الطلاق (صح) توكيلها وطلاقها لنفسها، لأنه يصح توكيلها في طلاق غيرها ، فكذا في طلاق نفسها ، (وللوكيل أن يطلق متى شاء) لأن لفظ التوكيل يقتضي ذلك لكونه توكيلاً مطلقاً أشبه التوكيل في البيع (إلا أن يحد له) الموكل أي للوكيل (حداً) كأن يقول : طلقها

اليوم أو نحوه فلا يملكه في غيره ، لأنه إنما تثبت له الوكالة على حسب ما يقتضيه لفظ الموكل أو يفسخ الموكل الوكالة ، (أو يطأ) الموكل التي وكل في طلاقها فتنفسخ الوكالة لدلالة الحال على ذلك ، (ولا يطلق) الوكيل المطلق (أكثر من واحدة) لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم (إلا أن يجعل) الموكل (إليه) أن يطلق أكثر من واحدة (بلفظه أو نيته) لأنه نوى بكلامه ما يحتمله ويقبل قوله في نيته، لأنه أعلم بها ، (فلو وكله في ثلاثة فطلق واحدة) وقعت لدخولها في ضمن المأذون فيه ، (أو وكله في) طلقة (واحدة فطلق ثلاثة طلقت واحدة نصاً) لأنها المأذون فيها دون ما زاد عليها وهي في ضمن الثلاث فتقع ، (وإن خيره) أي خير الموكل الوكيل بأن قال له: طلق ما شئت (من ثلاث ملك اثنتين فأقل) لأن لفظه يقتضي ذلك ، لأن من للتبعيض ، وكذا لو خير زوجته ، (ولا يملك) الوكيل (الطلاق) أي مع إطلاق الوكالة (تعليقاً) للطلاق على شرط، لأنه لم يؤذن له فيه لفظاً ولا عرفاً، (وإن وكل) الزوج (اثنين فيه) أي الطلاق (فليس لأحدهما الانفراد فيه) لأن الموكل إنما رضي بتصرفهما جميعاً (إلا بإذن الموكل) لأحدهما أو لكل منهما بالانفراد ، لأن الحق للموكل في ذلك ، (وإن وكلهما في ثلاث فطلق أحدهما) أي أحد الوكيلين (أكثر من الآخر وقع ما اجتمعا عليه) لأنه مأذون لهما فيه ، (فلو طلق أحدهما واحدة والآخر أكثر) كثلاث أو اثنتين ، (فواحدة) أو طلق أحدهما اثنتين والآخر ثلاثاً وقع اثنتان ، (ويحرم على الوكيل الطلاق وقت بدعة) كالموكل ، (فإن فعل) أي طلق الوكيل زمن بدعة (وقع) الطلاق (كالموكل) إذا طلق زمن بدعة ، (ويقبل دعوى الزوج) بعد إيقاع الوكيل الطلاق (أنه) كان (رجع عن الوكالة قبل إيقاع الوكيل الطلاق) عند أصحابنا ، قاله في المحرر وغيره وقدمه في الفروع، (وعنه) أي الإمام في رواية أبي الحارث (لا يقبل إلا ببينة) وجزم به في الترغيب والأزجي في عزل الموكل ، واختاره الشيخ وغيره ، وقال الشيخ : (وكذا دعوى عتقه ورهنه ونحوه . انتهى) وتقدم في الوكالة ، (وإن قال لامرأته : طلقي نفسك فلها ذلك كالوكيل ويأتي) مفصلاً ، (وإن قال) لزوجته : (اختاري من ثلاث ما شئت لم يكن لها أن تختار أكثر من اثنين) لأن من للتبعيض كما مر في الوكيل .



باب تقسيم الطلاق

سنة الطلاق وبدعته

طلاق السنة ما أذن الشارع فيه والبدعة ما نهى عنه ، ولا خلاف أن المطلق على الصفة الأولى مطلق للسنة ، قاله ابن المنذر وابن عبد البر . والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النبيُّ إِذَا طَلَّقتُمُ النسَاءَ فطلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [١] قال ابن مسعود وابن عباس : طاهرات غير جماع ، وحديث ابن عمر لما طلق امرأته وهي حائض فقال النبي ﷺ : « مرهُ فليراجعها ثم ليُمْسِكها حتى تطْهُر ثم تحيضَ فتُطْهرَ ثم إن شاء طلّقها طاهِراً قبْلَ أن يمَس » [٢] وهو في الصحيحين .

(السنة فيه) أي الطلاق (أن يطلقها واحدة) لقول علي رواه النجاد (في طهر لم يصبها فيه) لما تقدم من قول ابن مسعود وابن عباس ، (ثم يدعها فلا يتبعها طلاقها آخر حتى تنقضي عدتها) لقول عليّ : لا يطلق أحد السنة فيندم ، رواه الأثرم . وهذا لا يحصل إلا في حق من لم يطلق ثلاثاً ، ولأن المقصود من الطلاق فراقها، وفراقها حاصل بالطلاق الأول ، (إلا في طهر يتعقب الرجعة من طلاق) في (حيض فبدعة) في ظاهر المذهب ، اختاره الأكثر، لحديث ابن عمر السابق ، (زاد في الترغيب : ويلزمه وطؤها) أي وطء من طلقها وهي حائض ثم راجعها إذا طهرت واغتسلت ، (وإن طلق المدخول بها في حيض) أو نفاس (أو طهر أصابها فيه ، ولو) أنه طلقها (في آخره) أي آخر الطهر الذي أصابها فيه ، (ولم يستبن) أي يظهر ويتضح (حملها فهو طلاق بدعة محرم) لمفهوم ما تقدم ، (ويقع نصاً) طلاق البدعة . قال ابن المنذر وابن عبد البر: لم يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال . انتهى . لأنه ﷺ أمر عبد الله ابن عمر بالمراجعة ، وهي لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق ، وفي لفظ الدارقطني قال : «قلتُ : يا رسُولَ اللهِ ، أرأيتَ لو أنّي طلقْتُهَا ثَلاثاً ؟ قال : كَانَتْ تَبِينُ مِنْكَ وَتَكُونُ معْصِيَةً » وذكر في الشرح هذا الحديث مع غيره ، وقال : كلها أحاديث صحاح ، وقال نافع : وكان عبد الله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه راجعها، كما أمره رسول الله ﷺ، ولأنه طلاق من مكلف في محله فوقع كطلاق الحامل ، ولأنه ليس بقربة فيعتبر لوقوعه

---

(١) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

(٢) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب التفسير ، باب سورة الطلاق ، وأخرجه مسلم في كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض .

وموافقة السنة ، بل هو إزالة عصمة وقطع ملك فإيقاعه في زمن البدعة أولى تغليظاً عليه وعقوبة له ، (وتسن رجعتها) أي رجعة المطلقة زمن البدعة (إن كان) الطلاق (رجعياً، فإذا راجعها وجب إمساكها حتى تطهر) فإذا طهرت سن أن يمسكها حتى تحيض حيضة أخرى ، فإذا طلقها في هذا الطهر قبل أن يمسها فهو طلاق سنة ، لحديث ابن عمر السابق ، (ولو علق طلاقها بقيامها ، أو) علقه (بقدوم زيد فقامت) وهي حائض (أو قدم) زيد (وهي حائض طلقت للبدعة) لوقوع الطلاق في الحيض ، (ولا إثم) على المطلق، لأنه لم يتعمد إيقاع الطلاق زمن البدعة ، (وإن قال : أنت طالق إذا قدم زيد السنة فقدم) زيد (في زمان السنة) أي في طهر لم يصبها فيه (طلقت) لوجود الصفة، (وإن قدم) زيد (في زمان البدعة لم يقع) الطلاق عند قدومه، لأنها إذن ليست من أهل السنة فلم يوجد تمام المعلق عليه ، (فإذا صارت إلى زمان السنة وقع) الطلاق لوجود الشرط ، (وإن قال ذلك) أي أنت طالق عند قدوم زيد (لها) أي لزوجته (قبل الدخول طلقت عند قدومه حائضاً كانت أو طاهراً) لأنه لا سنة لها ولا بدعة ، (وإن) قاله لها قبل الدخول ، (و) قدم زيد (بعد دخوله بها في طهر لم يصبها فيه طلقت) حين قدومه لوجود الصفة، لأنها إذن من أهل السنة ، (وإن قدم) زيد (زمن البدعة) أي في حيض أو نفاس أو طهر وطيء فيه ، (لم تطلق حتى يجيء زمن السنة) ليوجد الشرط ، (وإن طلقها) أي طلق رجل زوجته (ثلاثاً بكلمة) حرمت نصاً ووقعت ، ويروى ذلك عن عمر وعليّ وابن مسعود وابن عباس وابن عمر ، وعن مالك بن الحارث قال : جاء رجل إلى ابن عباس ، فقال : إن عمي طلق امرأته ثلاثاً ، فقال : إن عمك عصى الله وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجاً ، ووجه ذلك قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النبِيُّ إذا طلقْتُم النسَاءَ فطلِّقُوهُن لعدَّتِهِنَّ ﴾ إلى قوله : ﴿ لا تدري لعلَّ اللهَ يحدِثُ بعدَ ذلكَ أمْراً ﴾ ثم قال بعد ذلك : ﴿ ومن يتّقِ اللهَ يَجْعَلْ له مَخْرجاً ومن يتَق اللهَ يجعَلْ له مِنْ أمْرِهِ يُسْراً ﴾ [1] ، ومن جمع الثلاث لم يبق له أمر يحدث ولم يجعل الله له مخرجاً ولا من أمره يسراً ، وروى النسائي بإسناده عن محمد بن لبيد قال : « أخْبِرَ رسولُ الله ﷺ عنْ رجُلٍ طلّقَ امرَأتَهُ ثلاثَ تطليقَات جَميعاً فغضبَ ، ثم قَالَ : أيلعبُ بكتَاب الله عَزَّ وجَلَّ وأنَا بينَ أظهُركُم ، حتَّى قَامَ رجُلٌ ، فقالَ : يا رسُولَ الله ، ألا أقتُلَهُ » ، وفي حديث ابن عمر قال : « قلت : يا رسُولَ الله أرأيْ لَو طَلَقْتُهَا ثَلاثاً ، قَالَ : إذَنْ عصيْتَ وبانَتْ مِنكَ امرَأتُكَ » [2] ، ولأن ذلك تحريم للبضع بالقول فأشبه الظهار ، بل أولى،

---

(١) سورة الطلاق ، الآيات : ١ - ٤ .

(٢) الحديث أخرجه النسائي في المجتبي من السنن ، كتاب الطلاق ، باب الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ .

لأن الظهار يرتفع بالتكفير ، وهذا لا سبيل للزوج إلى رفعه بحال ولا فرق في ذلك بين ما قبل الدخول أو بعده ، روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبد الله بن عمر وابن مسعود وأنس ، وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم ، وأما ما روى طاوس عن ابن عباس قال : « كَانَ الطَّلَاقُ على عهدِ رسُولِ الله ﷺ وأبي بكرٍ وسَنَتَيْنِ من خِلافَةِ عمرَ طلاقُ الثَّلاثِ وَاحِدَةً » (١) رواه أبو داود . فقد قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن حديث ابن عباس بأي شيء تدفعه ؟ قال : أدفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ، ثم ذكر عن عدة عن ابن عباس من وجوه خلافه أنها ثلاث، وقيل : معنى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ، وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر فيما كان على عهد رسول الله ﷺ وعهد أبي بكر ، ولا يكون لابن عباس أن يروي هذا عن رسول الله ﷺ ويفتي بخلافه، (أو) طلقها ثلاثاً (بكلمات في طهر لم يصبها فيه ، أو) طلقها ثلاثاً (في أطهار قبل رجعة حرم) ذلك (نصاً) لما تقدم (لا) إن طلقها (اثنتين) فلا يحرم ، لأنهما لا يمنعان من رجعتها إذا ندم فلم يسد المخرج على نفسه لكونه فوت على نفسه طلقة جعلها الله له من غير فائدة تحصل له بها ، فكان مكروهاً كتضييع المال ، قاله في الشرح ، (ولا بدعة فيها) أي الثلاث (بعد رجعة أو عقد) كأن طلقها ثم راجعها أو عقد عليها ثم طلقها أخرى ثم راجعها أو عقد عليها ثم طلقها الثالثة .

(وإذا كانت المرأة صغيرة أو آيسة أو غير مدخول بها أو استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة في وقت ولا عقد) لأن غير المدخول بها لا عدة عليها والصغيرة والآيسة عدتها بالأشهر ، فلا تحصل الريبة والحامل التي استبان حملها عدتها بوضع الحمل ، فلا ريبة ، لأن حملها قد استبان بخلاف ما لم يستبن حملها وطلقها ظناً أنها حامل ثم ظهر حملها ربما ندم على ذلك ، (فلو قال لإحداهن) أي لصغيرة أو آيسة أو غير مدخول بها أو تبين حملها : (أنت طالق للسنة) طلقت في الحال ، (أو قال) لها أنت طالق (للبدعة) طلقت في الحال ، (أو قال) لها : أنت طالق (للسنة والبدعة ، أو لا للسنة ، أو لا للبدعة طلقت في الحال) لأن طلاقها لا يتصف بسنة ولا بدعة فيلغو وصفه به ويبقى الطلاق بدون الصفة فيقع في الحال ، (وإن قال) لإحداهن : أنت طالق (للسنة طلقة وللبدعة طلقة وقع طلقتان) لما سبق (ويدين) أي يقبل منه بالإضافة

(١) الحديث بمعناه عند النسائي في المجتبي من السنن ، كتاب الطلاق ، باب طلاق الثلاث المتفرقة قبل الدخول بالزوجة .

إلى ما بينه وبين الله تعالى باطناً (في غير آيسة إذا قال : أردت إذا صارت من أهل ذلك الوصف) أي السنة أو البدعة ، (ويقبل) منه (حكماً) لأن لفظه يحتمله بخلاف الآيسة إذ لا يمكن فيها ذلك ، (وإن قالها) أي لزوجته (في الطهر الذي جامعها فيه : أنت طالق للسنة فيئست من المحيض أو استبان حملها لم تطلق) لأنه لا سنة لها ما دامت كذلك ، (وإن قال لمن لطلاقها سنة وبدعة : أنت طالق طلقة للسنة وطلقة للبدعة طلقت طلقة في الحال) لأن حالها لا يخلو إلا أن يكون في زمن السنة فتقع الطلقة المعلقة على السنة أو في زمن البدعة فتقع الطلقة المعلقة على البدعة ، (و) طلقت (طلقة) أخرى (في ضد حالها الراهنة) أي الثابتة حين قوله لها ذلك ، لأن الطلقة الثانية معلقة على ضد الحال التي هي عليها حال القول ، (و) إن قال لها : (أنت طالق للسنة) وهي (في طهر لم يصبها فيه طلقت في الحال) لأن معني للسنة في وقت السنة ، وذلك وقتها (وإن كانت حائضاً طلقت إذا طهرت) أي انقطع حيضها ، (ولم تغتسل) لأن الصفة قد وجدت ، (وإن كانت في طهر أصابها فيه طلقت إذا طهرت من الحيضة المستقبلة) لأن ذلك وقت السنة في حقها لا سنة لها قبلها ، (و) إن قال لها : (أنت طالق للبدعة وهي حائض ، أو) وهي (في طهر أصابها فيه طلقت في الحال) لأن ذلك هو وقت البدعة ، (وإن كانت في طهر لم يصبها فيه) وقال لها : أنت طالق للبدعة (طلقت إذا أصابها وحاضت ، لكن) إن أصابها (ينزع في الحال بعد إيلاج الحشفة إن كان الطلاق ثلاثاً) ، أو كانت طلقة مكملة لما يملكه من الطلاق لبينونتها عقب ذلك ، (فإن استدام) أي لم ينزع في الحال (حد عالم) بالحكم لانتفاء الشبهة ، (وعزر غيره) أي غير العالم وهو الجاهل والناسي لما ناله من ذلك ، (و) إن قال لمن لها سنة وبدعة: (أنت طالق ثلاثاً للسنة تطلق الأولى في طهر لم يصبها فيه ، و) تطلق (الثانية طاهرة بعد رجعة أو عقد ، وكذا) تطلق (الثالثة) طاهرة بعد رجعة أو عقد ، لأن جمع الثلاث بدعة لما تقدم ، (وعنه تطلق ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه وهو المنصوص ، وصححه جمع) بناء على أن جمع الثلاث من السنة .

(و) إن قال : (أنت طالق ثلاثاً ، نصفها للسنة ، ونصفها للبدعة ، أو قال بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة طلقت طلقتين في الحال) لأنه سرى بين الحالين ، فاقتضى الظاهر أن يكونا سواء فيقع في الحال طلقة ونصف ، ثم يكمل النصف لكون الطلاق لا يتبعض ، (و) تقع (الثالثة في ضد حالها الراهنة) أي الثانية وقت تعليقه، (وكذا) لو قال : (أنت طالق ثلاثاً للسنة والبدعة ، وأطلق) فلم يقل نصفين ، ولا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة فيقع في الحال طلقتان والأخرى في ضد حالها إذن ، (و)

إن قال : (أنت طالق طلقتان للسنة وواحدة للبدعة أو عكسه) بأن قال طلقتان للبدعة وواحدة للسنة ، (فهو) أي طلاقه (على ما قال ، فإن أطلق) في قوله : أنت طالق ثلاثاً للسنة والبدعة ، (ثم قال : نوي ذلك) أي طلقتين للسنة وواحدة للبدعة أو عكسه. (فإن فسر نيته بما يوقع في الحال طلقتين طلقت وقبل) لأنه أقر على نفسه بالأغلظ ، (وإن فسرها بما يوقع طلقة واحدة) في الحال (ويؤخر اثنتين دين ويقبل في الحكم) لأن لفظه يحتمله وهو أدرى بنيته ، (وإن) قال : (أنت طالق في كل قرء طلقة وهي حامل أو من اللائي لم يحضن لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة) لوجود الشرط ، والقرء الحيض . ويطلق أيضاً على الطهر بين الحيضتين ، (وإن كانت) حين التعليق (في القرء) أي الحيض (وقع بها واحدة في الحال ويقع بها طلقتان في قرأين آخرين في أول كل قرء منهما) طلقة لوجود الصفة ، (و) الزوجة (غير المدخول بها تبين بالطلقة الأولى) فلا يلحقها ما بعدها ما دامت بائناً ، (فإن تزوجها وقع بها طلقتان في قرأين) إن وقعت الأولى رجعية ، وإلا فإذا تزوجها وحاضت ، (وإن كانت آيسة لم تطلق) لعدم وجود الشرط ، (ويباح خلع وطلاق) بعوض (بسؤالها زمن بدعة) لأنها أدخلت الضرر على نفسها ، (وتقدم في باب الحيض) والنفاس كالحيض في جميع ما تقدم كما سبق هناك ، (و) إن قال : (أنت طالق للسنة إن كان الطلاق وقع عليك للسنة وهي في زمن السنة) أي في طهر لم يصبها فيه (طلقت بوجود الصفة ، وإن لم تكن في زمن السنة انحلت الصفة ولم يقع الطلاق بحال) لو صارت من أهل السنة ، (و) إن قال : (أنت طالق للبدعة إن كان الطلاق يقع عليك للبدعة إن كانت في زمن البدعة وقع في الحال ، وإلا لم يقع بحال) وانحلت الصفة كما سبق في عكسه ، (وإن كانت) المقول لها ذلك (ممن لا سنة لطلاقها ولا بدعة لم يقع) الطلاق (في المسئلتين) لعدم وجود شرطه ، (و) إن قال : (أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمله أو أقربه أو أعدله أو أكمله أو أفضله أو أتمه أو أسنه أو طلقة سنية ، أو) طلقة (حليلة ونحوه) كطلقة فاضلة أو عادلة أو كاملة فذلك كقوله : (أنت طالق للسنة) فإن كانت في طهر لم يصبها فيه وقع في الحال ، وإلا فإذا صارت كذلك، ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن والكمال ونحوه ، لكونه في ذلك الوقت موافقاً للسنة مطابقاً للشرع .

(و) إن قال لها : أنت طالق (أقبحه) أي أقبح الطلاق (أو أسمجه ، أو أرداه ، أو أفحشه ، أو أنتنه ونحوه) كانت طالق طلقة قبيحة أو رديئة ، كقوله : أنت طالق (للبدعة) فإن كانت في طهر أصابها فيه أو حائضاً وقع في الحال ، وإلا فإذا صارت

كذلك ، لأن الحسن والقبح في الأفعال إنما هو من جهة الشارع ، فما حسنه الشرع فهو حسن وما قبحه الشرع فهو قبيح . وقد أذن الشرع في الطلاق في زمن ، فسمي زمان السنة ، ونهى عنه في زمن فسمي زمان البدعة ، وإلا فالطلاق في نفسه في الزمانين واحد، وإنما حسن أو قبح بالإضافة إلى زمانه (إلا أن ينوي : أحسن أحوالك أو أقبحها أن تكوني مطلقة ، فيقع في الحال) لأن هذا يوجد في الحال ، ولأنه لم يقصد بذلك الصفة فيلغو ويقع في الحال ، (لكن لو نوى بـ) قوله : أنت طالق (أحسنه) أي أسن الطلاق (بزمن البدعة لشبهه بخلقها القبيح أو) نوى (بأقبحه زمن السنة بقبح عشرتها) فإن نوى الأغلظ عليه قبل مؤاخذة له بإقراره ، وإن نوى غيره (لم يقبل) قوله : (إلا بقرينة) لأنه خلاف الظاهر ، (و) إن قال : (أنت طالق في الحال السنة ، وهي حائض ، أو قال) : أنت (طالق البدعة في الحال ، وهي في طهر لم يصبها فيه) تطلق في الحال وتلغو الصفة ، (أو قال : أنت طالق طلقة حسنة قبيحة ، أو) طلقة (فاحشة جميلة ، أو) طلقة (تامة ناقصة تطلق في الحال) لأنه وصفها بوصفين متضادين فلغيا وبقي مجرد الطلاق فوقع ، وإن قال : أنت طالق طلاق الحرج ، فقال القاضي : معناه طلاق البدعة ، لأن الحرج الضيق والإثم ، وحكى ابن المنذر عن عليّ أنه يقع ثلاثاً ، لأنه الذي يمنعه الرجوع إليها .



باب صريح الطلاق وكناياته

لا يقع الطلاق بغير لفظ ، فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع ، خلافاً لابن سيرين والزهري . ورد بقوله ﷺ : « إنَّ اللهَ تَجَاوزَ لأُمَّتِي عَمَّا حدَّثت بِهِ أنفُسَهَا مَا لم تَعمَل أو تتكلَّم بِهِ » [1] متفق عليه . ولأنه إزالة ملك فلم يحصل بمجرد النية كالعتق . وانقسم اللفظ إلى صريح وكناية، لأنه إزالة ملك النكاح، فكان له صريح وكناية كالعتق والجامع بينهما الإزالة (الصريح ما لا يحتمل غيره) أي بحسب الوضع العرفي (من كل شيء) وضع له اللفظ من طلاق وعتق وظهار وغيرها، فلفظ الطلاق صريح فيه، لأنه لا يحتمل غيره في الحقيقة العرفية، وإن قبل التأويل على ما يأتي في بابه فاندفع ما أورده ابن قندس في حواشيه على المحرر ، (والكناية ما يحتمل غيره ويدل على معنى الصريح وصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه) لأنه موضوع له على الخصوص ثبت له عرف الشارع والاستعمال ، فلو قال : أنت طلاق أو الطلاق أو طلقتك أو مطلقة ، فهو صريح (لا غير) أي ليس صريحه غير لفظ الطلاق وما تصرف منه كالسراح والفرق، لأنهما يستعملان في غير الطلاق كثيراً ، فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته . قال تعالى : ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ الذِينَ أوتُوا الكِتَابَ ﴾ [2] ، وقال : « فإمسَاكٌ بِمعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بإحْسَانٍ﴾[3] وليس المراد به الطلاق ، إذ الآية في الرجعة وهي إذا قاربت انقضاء عدتها ، فإما أن يمسكها برجعة ، وإما أن يتركها حتى تنقضي عدتها . فالمراد بالتسريح في الآية قريب من معناه اللغوي وهو الإرسال (غير أمر ، نحو طلقي ، و) غيره (مضارع نحو أطلقك ، و) غير (مطلقة بكسر اللام) اسم فاعل ، (فلا تطلق به) لأنه لا يدل على الإيقاع . قال الشيخ تقي الدين في المسودة في البيوع - بعد أن ذكر ألفاظ العقود بالماضي والمضارع واسم الفاعل واسم المفعول ، وأنها لا تنعقد بالمضارع ، وما كان من هذه الألفاظ محتملاً ، فإنه يكون كناية حيث تصح الكناية كالطلاق ونحوه ، ويعتبر دلالات الأحوال ، وهذا الباب عظيم المنفعة خصوصاً في الخلع وبابه .

---

(١) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب العتق ، باب الخطأ والنسيان في العتاق والطلاق ونحوه ، وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان ، باب تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب إذا لم تستقر .

(٢) سورة البينة ، الآية : ٤ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٩ .

(وإذا أتى بصريح الطلاق) غير حاكم ونحوه (وقع نواه أو لم ينوه) لأن سائر الصرائح لا تفتقر إلي نية ، فكذا صريح الطلاق فيقع ، (ولو كان) الآتي بالصريح (هازلاً أو لاعباً) حكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه ، وسنده ما روى أبو هريرة مرفوعاً : «ثَلاثٌ جدهُنَّ جد وهزلُهُنَّ جد : النكَاحُ والطَّلَاقُ والرجْعَةُ » [1] رواه أحمد وأبو داود والترمذي ، وقال : حسن غريب ، (أو) كان (مخطئاً) قياساً على الهازل، (وهو) أي قوله : أنت طالق ونحوه (إنشاء) كسائر صيغ الفسوخ والعقود ، (وقال الشيخ : هذه صيغ إنشاء من حيث إنها تثبت الحكم وبها تم ، وهي أخبار لدلالتها على المعنى الذي في النفس) وهذا المعنى الذي أشار إليه يطرد في كل إنشاء وطلب ، (وإن قال : امرأتي طالق أو) قال : (عبدي حر ، أو) قال : (أمتي حرة وأطلق النية) فلم ينو معيناً ولا مبهماً من زوجاته ولا عبيده ولا إمائه (طلق جميع نسائه وعتق عبيده وإمائه) لأنه مفرد مضاف فيعم كما تقدم في العتق ، (ولو قال) لامرأته : (كلما قلت لي شيئاً ولم أقل لك مثله فأنت طالق . . فقالت له : أنت طالق بفتح التاء أو كسرها ، فلم يقله) طلقت لوجود الصفة (أو قاله طلقت) لأنه واجهها بالطلاق ، (ولو) قاله ، و(علقه بشرط) طلقت أيضاً، لأنه لم يقل لها مثله، لأن المعلق غير المنجز . قال ابن الجوزي: وله التمادي إلى قبيل الموت . انتهى . ولو نوى في وقت كذا ونحوه تخصص به ، لأن تخصيص اللفظ العام بالنية كثيراً ، أشار إليه في بدائع الفوائد وتبعه في المنتهى وغيره ، ومجرد النية لا يخرج لفظه عن مماثلة لفظها ، (وإن قال لها) أي لمن قال لهما: كلما قلت لي شيئاً ولم أقل لك مثله فأنت طالق ، وقالت له : أنت طالق (أنت طالق بفتح التاء طلقت) كما لو واجهها بذلك ابتداء للإشارة والتعيين فسقط حكم اللفظ ، (وإن) قال لزوجته : أنت طالق ، و(ادعى أنه أراد بقوله : طالق من وثاق أو) ادعى أنه (أراد أن يقول : أطلقتك فسبق لسانه ، فقال : طلقتك ، أو) ادعى أنه (أراد أن يقول : طاهر فسبق لسانه) فقال : طالق ، (أو) ادعى أنه (أراد بقوله) أنت (مطلقة من زوج كان قبله لم تطلق فيما بينه وبين الله) تعالى ، لأنه أعلم بنيته ، (ولم يقبل)

---

(1) الحديث أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق على الهزل ، الحديث (٢١٩٤) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/ ٤٩٠ ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الجد والهزل ، الحديث (١١٨٤) ، وقال : « حسن غريب » ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٦٥٨/١ ، كتاب الطلاق ، باب من طلق أو نكح ، الحديث (٢٠٣٩) ، وأخرجه الدارقطني في السنن : ١٨/٤ - ١٩، كتاب الطلاق ، الحديث (٥٠) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ١٩٧/٢ - ١٩٨ ، كتاب الطلاق ، باب ثلاث جدهن جد واللفظ لهم جميعاً .

ذلك منه (في الحكم) لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر عرفاً ، إذ يبعد إرادة ذلك ، (وكذا الحكم لو قال) لها : أنت طالق ، وقال : (أردت إن قمت فتركت الشرط ولم أرد طالقاً) أو قال : أنت طالق إن قمت ، وقال : أردت وقعدت فتركته ولم أرد طلاقاً ، فيدين ولا يقبل حكماً ، (فإن صرح في اللفظ بالوثاق فقال : طلقتك من وثاقي أو من وثاق لم يقع) عليه الطلاق ، لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط ، (ولو قيل له) أي للزوج : (أطلقت امرأتك ؟ أو) قيل له : (امرأتك طالق ؟ فقال : نعم) وأراد الكذب طلقت ، لأن نعم صريح في الجواب ، والجواب الصريح بلفظ صريح ، ألا ترى أنه لو قيل : ألفلان عليك كذا ؟ فقال : نعم كان إقراراً (أو) قيل له : (ألك امرأة ؟ فقال : قد طلقتها وأراد الكذب طلقت) لأنه صريح يحتاج إلى نية ، (ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال : لا، وأراد الكذب لم تطلق) لأنه كناية ، ومن أراد الكذب لم ينو الطلاق ، (ولو حلف بالله على ذلك) أي على أنه لا امرأة له ولم يرد به الطلاق ، (وإلا) بأن لم يرد به الكذب ، بل نوى الطلاق (طلقت) امرأته كسائر الكنايات ، (ولو قيل له : أطلقت امرأتك ؟ فقال : قد كان بعض ذلك ، فإن أراد) بذلك (الإيقاع وقع) كالكناية ، (وإن قال : أردت أني علقت طلاقها بشرط) ولم يوجد (قبل) منه ذلك، لأن لفظه يحتمله ، (ولو قيل له) أي للزوج : (أخليتها) أي أخليت زوجتك (ونحوه ، وقال : نعم فكناية) لا تطلق بذلك حتى ينوي به الطلاق ، لأن السؤال منطو في الجواب وهو كناية ، (وكذا ليس لي امرأة أو ليست لي امرأة أو لا امرأة لي) فهو كناية لا يقع إلا بنية ، ولو نوى أنه ليس لي امرأة تخدمني أو ليس امرأة ترضيني أو لم ينو شيئاً لم يقع طلاقه ، (ومن أشهد) بينة (على نفسه بطلاق ثلاث) أي أقر أنه وقع عليه الطلاق الثلاث ، وكان تقدم منه يمين توهم وقوعها عليه ، (ثم استفتى) عن يمينه (فأفتى بأنه لا شيء عليه) فيها (لم يؤاخذ بإقراره) بوقوع الطلاق الثلاث (لمعرفة مستنده) في إقراره بوقوع الطلاق ، (ويقبل) قوله بـ (يمينه أن مستنده ذلك في إقراره) إن كان (ممن يجهل مثله ، ذكره الشيخ) وجزم به في المنتهي ، لكن مقتضى كلامه في شرحه : أن المقدم يقبل قوله بغير يمين ، (وتقدم ذلك آخر باب الخلع ، ولو قيل له : ألم تطلق امرأتك ؟ فقال : بلى ، طلقت) لأنها جواب النفي ، (وإن قال : نعم طلقت امرأة غير النحوي) لأنه لا يفرق بينهما في الجواب بخلاف النحوي فلا تطلق امرأته ، لأن نعم ليست جواباً للنفي ، ويأي تحقيقه في الإقرار .

(وإن لطم امرأته أو أطعمها أو سقاها أو ألبسها ثوباً أو أخرجها من دارها أو قبلها

ونحوه) كما لو دفع إليها شيئاً ، (فقال : هذا طلاقك طلقت فهو صريح) نص عليه ، لأن ظاهر هذا اللفظ جعل هذا الفعل طلاقاً منه ، فكأنه قال : أوقعت عليك طلاقاً هذا الفعل من أجله ، لأن الفعل بنفسه لا يكون طلاقاً ، فلا بد من تقديره فيه ليصح لفظه به فيكون صريحاً فيه يقع به من غير نية ، (فلو فسره بمحتمل) أي بما يحتمل عدم الوقوع، (أو نوى أن هذا سبب طلاقك) في زمان بقدر هذا الزمان (قبل) منه ذلك (حكماً) لأن لفظه يحتمله ولا مانع يمنعه .

(وإن طلق) زوجته (أو ظاهر منها ، ثم قال عقبه لضرتها : شركتك معها ، أو أنت مثلها ، أو أنت كهي ، أو أنت شريكتها فصريح في الضرة في الطلاق والظهار) لا يحتاج إلى نية ، لأنه جعل الحكم فيها واحداً ، إما بالشركة في اللفظة أو بالمماثلة ، وهذا لا يحتمل غير ما فهم منه ، فكان صريحاً كما لو أعاده عليها بلفظه . (ويأتي) حكم (الإيلاء) في بابه ، (وإن قال) لامرأته : (أنت طالق ، لا شيء) طلقت ، (أو) أنت طالق (طلقة لا تقع عليك أو لا ينقص بها عدد الطلاق ، طلقت) لأن ذلك رفع لجميع ما أوقعه ، فلم يصح كاستثناء الجميع ، وإن كان ذلك خبراً فهو كذب ، لأن الشيء إذا أوقعه وقع ، (و) إن قال لها : (أنت طالق أو لا ، أو) أنت (طالق واحدة أو لا ، لم يقع) طلاقه ، لأن هذا استفهام ، فإذا اتصل به خرج عن أن يكون لفظاً لإيقاع ، وتخالف المسئلة قبلها، لأنه إيقاع لم يعارضه استفهام ، (وإن كتب صريح طلاقها) أي امرأته (بما يتبين) أي يظهر ، (وقع) الطلاق ، (وإن لم ينوه) لأن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق ، أشبهت النطق ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدليل أنه ﷺ كان مأموراً بتبليغ الرسالة ، فبلغ بالقول مرة وبالكتابة أخرى ، ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون ويتوجه عليه صحة الولاية وبالخط ، ذكره في الفروع ، وإن كتب كناية طلاقها بما يبين فهو كناية على قياس ما قبله .

(وإن نوى) بكتابه طلاق امرأته (تجويد خطه أو غم أهله أو تجربة قلمه لم يقع) طلاقه، لأنه إذا نوى تجويد خطه أو تجربة قلمه ونحوه ، فقد نوى غير الطلاق . ولو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع فهنا أولى . وما ورد من قوله ﷺ : « عُفِيَ لأمّتِي عمّا حدَّثَتْ بِهِ أنْفُسَهَا مَا لم تَتَكَلَّمْ أو تَعْمَلْ بِهِ » [1] إنما يدل على مؤاخذتهم بما نووه عند العمل به . وهذا لم ينو طلاقاً يؤاخذ به (ويقبل) منه ذلك (حكماً) لأن ذلك يقبل في اللفظ الصريح على قول ، فهنا أولى، (وإن كتبه) أي صريح طلاق امرأته (بشيء

---

(١) سبق تخريجه .

لا يتبين، مثل إن كتبه بأصبعه على وسادة ونحوها ، أو على شيء لا يثبت عليه خط كالكتابة على الماء أو في الهواء لم يقع) طلاقه ، لأن هذه الكتابة بمنزلة الهمس بلسانه بما لا يسمع ، (فلو قرأ ما كتبه وقصد القراءة لم يقع) طلاقه ، كلفظ الطلاق إذا قصد به الحكاية ونحوها ، ويقبل منه ذلك حكماً ، (ويقع بإشارة مفهومة من أخرس فقط) لأنه يفهم منها الطلاق أشبهت الكتابة ، (فلو لم يفهمها) أي الإشارة (إلا البعض فكناية) بالنسبة إليه ، (وتأويله) أي الأخرس (مع الصريح) من الإشارة (كالنطق) أي كتأويله مع النطق فيما يقبل أو يرد عل ما تقدم تفصيله .

« تتمة » : قال في الشرح: وإن أشار الأخرس بأصابعه الثلاث لم يقع إلا واحدة، لأن إشارته لا تكفي . انتهى . وفيه نظر إذا نواه، (وكتابته) أي الأخرس بما يبين (طلاق) كالناطق وأولى ، (فأما القادر على الكلام فلا يصح طلاقه بإشارة) ولو كانت مفهومة لقدرته على النطق ، (وصريحه) أي الطلاق (بلسان العجم بهشتم) بكسر الباء الموحدة وسكون الشين المعجمة وفتح المثناة فوق ، لأن هذه اللفظة في لسانهم موضوعة للطلاق يستعملونها فيه فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية ، ولو لم تكن هذه اللفظة صريحة في لسانهم لم يكن في العجمية صريح للطلاق ، ولا يضر كونه بمعنى خليتك ، فإن معنى طلقتك : أخليتك أيضاً ، إلا أنه لما كان موضوعاً له ومستعملاً فيه كان صريحاً .

(فإذا قاله) أي بهشتم (من يعرف معناه) من عربي أو عجمي (وقع ما نواه) من واحدة أو أكثر (لأنه ليس له حد مثل الكلام العربي) فإن أطلق فواحدة ، (فإن زاد بسيار طلقت ثلاثاً) لأن مؤداه ذلك في لغتهم ، (وإن قاله عربي ولا يفهمه) لم يقع (أو نطق عجمي بلفظ الطلاق) بالعربية ، (ولا يفهمه لم يقع) طلاقه ، لأنه لم يختر الطلاق ، لعدم علمه معناه ، (وإن نوى موجبه) أي موجب هذا القول الذي لم يعرف معناه ، لأنه لا يتحقق اختياره لما يعلمه، أشبه ما لو نطق بكلمة الكفر من لا يعرف معناها .

★ ★ ★

(فصل في أنواع كنايات الطلاق)[1]

والكنايات في الطلاق نوعان : ظاهرة ، وهي الألفاظ الموضوعة للبينونة ، لأن معنى الطلاق فيها أظهر ، (وهي) أي الكنايات الظاهرة (ست عشرة) كناية (أنت خلية) هي في الأصل الناقة تطلق من عقالها ويخلى عنها ، وقال للمرأة : خلية كناية عن الطلاق ، قاله الجوهري ، وجعل أبو جعفر مخلاة كخلية ، ويفرق بينهما ، قاله في

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

المبدع (وبريئة) بالهمز وتركه ، (وبائن) أي منفصلة (وبتة) أي مقطوعة (وبتلة) أي منقطعة ، وسميت مريم البتول لانقطاعها عن النكاح بالكلية ، (وأنت حرة) لأن الحرة هي التي لا رق عليها ولا شك أن النكاح رق ، وفي الخبر : « فَاتَّقُوا اللهَ فِي النِّسَاءِ فإنهُنّ عَوانٍ عِنْدَكُمْ » أي أسراء ، والزوج ليس له على الزوجة إلا رق الزوجية ، فإذا أخبر بزوال الرق ، فهو الرق المعهود وهو رق الزوجية ، (وأنت الحرج) بفتح الحاء والراء ، يعني الحرام والإثم ، (وحبلك على غاربك) هو مقدم السنام ، أي أنت مرسلة مطلقة غير مشدودة ولا ممسكة بعقد النكاح ، (وتزوجي من شئت وحللت للأزواج ولا سبيل لي عليك) السبيل الطريق يذكر ويؤنث ، (ولا سلطان لي عليك وأعتقك وغطى شعرك وتقنعي وأمرك بيدك) .

النوع الثاني : (خفية) لأنها أخفى في الدلالة من الأولى وهي الألفاظ الموضوعة للطلقة الواحدة ما لم ينو أكثر (نحو اخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي وخليتك وأنت مخلاة) أي مطلقة من قولهم : خلي سبيلي فهو مخلي ، (وأنت واحدة) أي منفردة ، (ولست لي بأمرة واعتدى واستبرئي) من استبراء الإماء ، ويأتي ، (واعتزلي) أي كوني وحدك في جانب (والحقي بأهلك ولا حاجة لي فيك وما بقي شيء وأعفاك الله والله قد أراحك مني واختاري وجري القلم ، وكذا بلفظ الفراق والسراح) وما تصرف منهما غير ما تقدم استثناؤه في الصريح . (وقال ابن عقيل : إن الله قد طلقك كناية خفية، وكذا فرق الله بيني وبينك في الدنيا والآخرة ، وقال الشيخ في) رجل قال لزوجته: (إن أبرأتيني فأنت طالق ، فقالت : أبراك الله مما تدعى النساء على الرجال ، فظن أنه يبرأ فطلق ، قال : يبرأ) مما تدعي النساء على الرجال إن كانت رشيدة ، (فهذه المسائل الثلاث) أي إن الله قد طلقك وفرق الله بيني وبينك في الدنيا والآخرة وأبراك الله (الحكم فيها سواء ، ونظير ذلك أن الله قد باعك) في إيجاب البيع ، (أو قد أقالك) في الإقالة (ونحو ذلك) كأن الله قد أجرك أو وهبك والبراءة فيما تقدم صحيحة، ولو جهلت ما أبرأت منه على ما تقدم في الهبة من صحة البراءة من المجهول، (والكناية ولو ظاهرة لا يقع بها طلاق إلا أن ينويه) لأن الكناية لما قصرت رتبتها عن الصريح وقف عملها على نية الطلاق تقوية لها ، ولأنها لفظ يحتمل غير معنى الطلاق فلا يتعين له بدون النية (بنية مقارنة للفظ) أي يشترط أن تكون النية مقارنة للفظ الكناية ، فلو تلفظ بالكناية غيرنا وللطلاق ثم نوى بها الطلاق بعد ذلك لم يقع كما لو نوى الطهارة بالغسل قبل فراغه منه ، وقيل : يعتبر أن تقارن أوله ، قدمه في المحرر وقطع به في شرح المنتهى، فلو قارنت الجزء الثاني من الكناية دون الأول لم يقع

الطلاق، لأن ما بقي لا يصلح للإيقاع بعد إتيانه بالجزء الأول من غير نية . قال في الشرح : فإن وجدت في أوله وعزبت عنه في سائره وقع خلافاً لبعض الشافعية ، (أو يأتي) مع الكناية (بما يقوم مقام نية) الطلاق (كحال خصومة وغضب وجواب سؤالها) الطلاق (فيقع) الطلاق ممن أتى بكناية إذن ، (ولو بلا نية) لأن دلالة الحال كالنية بدليل أنها تغير حكم الأقوال والأفعال ، فإن من قال : يا عفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحاً، ولو قال حال الشتم : كان ذماً وقذفاً ، (فلو ادعى في هذه الأحوال) أي حال الخصومة والغضب وسؤالها الطلاق (أنه ما أراد الطلاق ، أو) ادعى (أنه أراد غيره) أي غير الطلاق (دين) لاحتمال صدقه ، (ولم يقبل في الحكم) لأنه خلاف ما دلت عليه الحال ، (ويقع مع النية بالكناية الظاهرة ثلاث ، وإن نوى واحدة) روى ذلك عن عليّ وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وأبي هريرة في وقائع مختلفة ، ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة ، ولأنه لفظ يقتضي البينونة بالطلاق فوقع ثلاثاً كما لو طلق ثلاثاً وإفضاؤه إلى البينونة ظاهر . وظاهره لا فرق بين المدخول بها وغيرها ، لأن الصحابة لم يفرقوا، (وكان) الإمام (أحمد يكره الفتيا في الكنايات الظاهرة مع ميله أنها ثلاث وعنه يقع) بالكناية الظاهرة (ما نواه اختاره جماعة) منهم أبو الخطاب ، لما روى ركانة : «أنّهُ طلّقَ امرأتَهُ فأخبَرَ النبيَّ ﷺ بذَلكَ ، فقَالَ : والله مَا أرَدْتَ إلا وَاحِدَةً ؟ فقال رُكَانَةُ: والله مَا أرَدْتُ إلا وَاحدَةً فردَّهَا إليه النبيُّ ﷺ فَطَلَّقَهَا الثّانيَةَ فِي زَمَنِ عُمَرَ والثّالِثَةَ فِي زَمَـنِ عُثْمَانَ » ، وفي لفظ قال : « هُوَ عَلَى مَا أرَدْتَ » [1] رواه أبو داود وصححه ابن ماجة والترمذي . وقال : سألت محمداً ، يعني البخاري عن هذا الحديث فقال : فيها اضطراب ، ولأنه ﷺ قال لابنة الجون : « الحقِي بأهْلِكَ » [2]

---

(١) الحديث أخرجه الشافعي في المسند : ٢/ ٣٧ - ٣٨ ، كتاب الطلاق ، الباب الأول فيما جاء في أحكام الطلاق ، الحديث (١١٧ - ١١٨) ، واللفظ له ، وأخرجه أبو داود الطيالسي في المسند (ص١٦٤) ، الحديث (١١٨٨) ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب الطلاق ، باب في الطلاق البتة، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الطلاق ، باب في البتة ، الحديث (٢٢٠٦) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/ ٤٨٠ ، كتاب الطلاق واللعان ، باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته ، الحديث (١١٧٧) ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ١/ ٦٦١ ، كتاب الطلاق ، باب طلاق البتة ، الحديث (٢٠٥١) ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٣٢١) ، كتاب الطلاق ، الحديث (١٣٢١) ، وأخرجه الدارقطني في السنن : ٤/ ٣٣ ، كتاب الطلاق ، الحديث (٨٨) ، واللفظ له ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٢/ ١٩٩ - ٢٠٠ ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق بما نوى .

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن في كتاب الطلاق ، باب متعة الطلاق، الحديث (٢٠٣٧)، وفي الزوائد : « هذا إسناد فيه عبيد بن القاسم الأسدي الكوفي » ، قال فيه ابن معين : كان كذاباً =

وهو لا يطلق ثلاثاً ، (فعليها) أي على رواية أنه يقع ما نواه (إن لم ينو) مع الإتيان بالكناية الظاهرة بنية الطلاق (عدداً ، فواحدة) كما لو قال لها : أنت طالق ، (ويقبل) منه (حكماً) بيان ما نواه بالكناية الظاهرة أو أنه لم ينو شيئاً بناه على الرواية الثانية، لأنه أدرى بنيته ويقع عليه واحدة ، (ويقع ثلاث في أنت طالق بائن ، أو) أنت (طالق البتة ، أو) أنت (طالق بلا رجعة) لما تقدم في الكناية الظاهرة . قال في الشرح : ولا يحتاج إلى نية، لأنه وصف بها الطلاق الصريح ، (ولو قال) لزوجته : (أنت طالق واحدة بائنة أو واحدة بتة وقع رجعياً) لأنه وصف الواحدة بغير وصفها فألغى ، (وأنت طالق واحدة ثلاثاً أو ثلاثاً واحدة يقع ثلاث ، ويقع) بالكناية (الخفية ما نواه) من واحدة أو أكثر ، لأ اللفظ لا دلالة له على العدد والخفية ليست في معنى الظاهرة ، فوجب اعتبار النية (إلا أنت واحدة فيقع بها واحدة ، وإن نوى ثلاثاً) قاله القاضي والموفق ، ولم يستثنها في المنتهى وغيره، فهي كغيرها من الكنايات الخفية ، لأن معناها كما تقدم أنت منفردة ، وذلك لا ينافي أن ينوي بها أكثر من طلقة ، (فإن لم ينو) من أتى بكناية خفية (عدداً وقع واحدة رجعية إن كانت مدخولاً بها ، وإلا) بأن لم تكن المطلقة مدخولاً بها وقعت واحدة (بائنة) لأنها إنما تقتضي الترك كما يقتضيه صريح الطلاق من غير اقتضاء للبينونة فوقع واحدة رجعية كما لو أتى بصريح الطلاق ، (وما لا يدل على الطلاق نحو كلي واشربي واقعدي وقومي وبارك الله عليك وأنت مليحة أو قبيحة لا يقع به طلاق ولو نواه) لأنه لا يحتمل الطلاق فلو وقع به الطلاق وقع بمجرد النية ، وفارق ذوقي وتجرعي ، فإنه يستعمل في المكاره لقوله تعالى : ﴿ ذُوقُوا عَذَابَ الحَرِيقِ ﴾ [(١)] ، ﴿ يَتَجَرَّعُهُ وَلا يَكَادُ يُسِيغُهُ ﴾ [(٢)] بخلاف كل واشرب ، قال تعالى : ﴿فكُلِي وَاشْرَبِي وقرِّي عيْناً ﴾ [(٣)] .

(وكذا) قوله : (أنا طالق أو أنا منك طالق أو أنا منك بائن أو حرام أو بريء) فلا يقع به طلاق وإن نواه ، لأنه محل لا يقع الطلاق بإضافته إليه من غير نية فلم يقع، وإن نوى كالأجنبي ، ولأن الرجل مالك في النكاح والمرأة مملوكة فلم تقع إزالة الملك بالإضافة إلى المالك كالعتق ، ويدل له أن الرجل لا يوصف بأنه مطلق بفتح اللام بخلاف المرأة ، (وإن قال) لزوجته : (أنت عليّ كظهر أمي أو أنت عليّ حرام أو ما

= خبيثاً ، وقال صالح بن محمد : كذاب ، كان يضع الحديث ، وقال ابن حبان : كان ممن يروي الموضوعات عن الثقات ، حدَّث عن هشام بن عروة بنسخة موضوعة ، وفي مصباح الزجاجة يقول الحافظ البوصيري : وضعفه البخاري وأبو زرعة وأبو حاتم والنسائي وغيره .

(١) سورة آل عمران ، الآية : ١٨١ . (٢) سورة إبراهيم ، الآية : ١٧ .

(٣) سورة مريم ، الآية : ٢٦ .

أحل الله عليّ حرام أو الحل عليّ حرام) زاد في الرعاية : أو حرمتك فهو (ظهار ، لأنه صريح فيه) فلا يكون كناية في الطلاق ولا يكون الطلاق كناية في الظهار ، (ولا يقع به طلاق ولو نواه) لأن الظهار تشبيه بمن تحرم على التأبيد ، والطلاق يفيد تحريماً غير مؤبد ولو صرح به ، فقال بعد قول : أنت عليّ كظهر أمي ، أعني به الطلاق لم يصر طلاقاً ، لأنه لا تصلح الكناية به عنه ، ذكره في الشرح وفي المبدع .

(وإن قال : فراشي عليّ حرام ونوى امرأته فظهار) قال ابن عباس في الحرام : تحرير رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ، (وإن نوى فراشه) الحقيقي (فيمين) عليه كفارته عند المخالفة لما يأتي في الأيمان ، (و) إن قال : (ما أحل الله عليّ حرام ، أعني به الطلاق تطلق) لأنه صريح بلفظ الطلاق (ثلاثاً) لأن الطلاق معرف بالألف واللام وهو مقتضى الاستغراق ، (وإن عني به طلاقاً فواحدة) لأنه صريح في الطلاق ، وليس فيه ما يقتضي الاستغراق وليس هذا صريح في الظهار ، إنما هو صريح في التحريم : وهو ينقسم إلى قسمين ، فإذا بين لفظه إرادة صريح الطلاق صرف إليه ، (وأنت عليّ كالميتة والدم) ، وفي الفروع والمبدع : والخمر (يقع ما نواه من الطلاق) لأنه يصلح أن يكون كناية فيه ، (والظهار) إذا نواه أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها ، لأنه يشبه ، (اليمين) إن أراد بذلك ترك وطئها وأقام ذلك مقام : والله لا وطئتك لا تحريمها ولا طلاقها ، وفائدته ترتب الحنث والبر ثم ترتب الكفارة بالحنث . قال في المبدع : وفي ذلك نظر من حيث أن قول كالميتة ليس بصريح في اليمين ، لأنه لو كان صريحاً لما انصرف إلى غيرها بالنية ، وإذا لم يكن صريحاً لم يلزمه الكفارة ، لأن اليمين بالكناية لا ينعقد ، لأن الكفارة إنما تجب لهتك القسم ، (فإن نوى) بذلك (الطلاق ولم ينو عدداً وقع واحدة) لأنها اليقين، (وإن لم ينو) بذلك (شيئاً فهو ظهار) لأن معناه أنت حرام عليّ كالميتة والدم ، (ولو قال : عليّ الحرام أو يلزمني الحرام أو الحرام يلزمني فلغو لا شيء فيه مع الطلاق) لأنه لا يقتضي تحريم شيء مباح بعينه ، (ومع نية) تحريم الزوجة (أو قرينة) تدل على إرادة ذلك فهو (ظهار ، لأنه يحتمله ، وقد صرفه إليه بالنية فتعين له . قال في الفروع في الظهار : ويتوجه الوجهان إن نوى به طلاقاً ، وأن العرف قرينة . قال في تصحيح الفروع : الصواب أنه يكون طلاقاً بالنية ، لأن هذه الألفاظ أولى أن تكون كناية من قوله: اخرجي ونحوه . قال : والصواب أن العرف قرينة والله أعلم ، (ويأتي في بابه) أي باب الظهار . (وإن قال : حلفت بالطلاق وكذب) بأن لم يكن حلف (لم يصر حالفاً كما لو قال : حلفت بالله وكان كاذباً ويلزمه إقراره في الحكم) لأنه تعلق به حق

إنسان معين أشبه ما لو أقر بمال ، ثم قال : كذبت ، (ولا يلزمه) الطلاق (فيما بينه وبين الله) تعالى ، لأنه لم يحلف واليمين إنما تكون بالحلف ، ولو قالت زوجته : حلفت بالطلاق للثلاث ، فقال : لم أحلف إلا بواحدة ، أو قالت : علقت طلاقي على قدوم زيد ، فقال: لم أعلقه إلا على قدوم عمرو كان القول قوله، لأنه أعلم بحال نفسه.



(فصل في توكيل المرأة في طلاقها)[1]

وإذا قال لامرأته : أمرك بيدك ، فهو توكيل منه لها في الطلاق ، لأنه أذن لها فيه ، (ولا يتقيد) ذلك بالمجلس ، بل هو على التراخي لقول عليّ ، ولم يعرف له مخالف في الصحابة ، فكان كالإجماع ، ولأنه نوع تملك في الطلاق فملكه المفوض إليه في المجلس وبعده ، كما لو جعله لأجنبي ، (ولها أن تطلق نفسها ثلاثاً) أفتى به أحمد مراراً ، ورواه البخاري في تاريخه عن عثمان ، وقاله عليّ وابن عمر وابن عباس وفضالة ونصره في الشرح لما روى أبو داود والترمذي بإسناد رجاله ثقات عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « هوَ ثَلاثٌ » قال البخاري : هو موقوف على أبي هريرة . ولأنه يقتضي العموم في جميع أمرها ، لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث ، (كقوله : طلقي نفسك ما شئت ولا يقبل قوله : أردت واحدة ولا يدين) لأنه خلاف مقتضى اللفظ (وهو) أي الطلاق (في يدها) على التراخي كما سبق (ما لم يفسخ أو يطأ) فلا تطلق نفسها بعد ، لأن ذلك وكالة فتبطل إذا فسخها بالقول إذا أتى ما يدل على فسخها والوطء يدل على الفسخ ، (وكذلك الحكم إن جعله) أي أمرها في يد غيرها) أي الزوجة بأن جعل أمرها بيد زيد مثلاً ، فله أن يطلقها ثلاثاً ما لا يفسخ أو يطأ لما تقدم ، (وإن قال لها : اختاري نفسك لم يكن لها أن تطلق) نفسها (أكثر من واحدة وتقع رجعية) حكاه أحمد عن ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعائشة وغيرهم ، ولأن اختاري تفويض معين فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وهو طلقة رجعية، لأنهما بغير عوض بخلاف أمرك بيدك ، فإن أمر مضاف فيتناول جميع أمرها (إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك) أي من واحدة ، (سواء جعله بلفظه بأن يقول : اختاري ما شئت أو اختاري الطلقات إن شئت أو جعله بنيته بأن ينوي بقوله: اختاري عدداً) اثنين أو ثلاثاً، لأنه كناية خفية فيرجع في قول مما يقع بها إلى نيته كسائر الكنايات الخفية ، (فإن نوى ثلاثاً أو اثنتين أو واحدة فهو على ما نوى) فيرجع إلى نيته ، لأنها كناية خفية ، (وإن نوى) الزوج (ثلاثاً فطلقت أقل منها) أو من ثلاث كاثنتين أو واحدة (وقع ما طلقته)

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

دون ما نواه ، لأن النية لا يقع بها الطلاق ، وإنما يقع بتطليقها ، ولذا لو لم تطلق لم يقع شيء ، (فلو كرر لفظ الخيار) بأن ذكره مرتين وأكثر ، (بأن قال : اختاري ، اختاري ، اختاري ، فإن نوى إتمامها وليس نيته ثلاثاً ولا اثنتين) فواحدة ، (أو نوى واحدة فواحدة نصاً) لأنها اليقين ، (وإن أراد ثلاثاً فثلاث نصاً) لأنها كناية خفية فيقع ما نواه بها كما تقدم خصوصاً مع تكرارها ثلاثاً ، (وليس لها) أي للمقول لها اختاري (أن تطلق إلا ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه) عرفاً . روى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر، لأنه خيار تمليك ، فكان على الفور كخيار القبول، وأما قوله ﷺ لعائشة: « إنِّي ذاكِرٌ لَكِ أمراً لا عَلَيْكِ أنْ لا تَعجَلِي حتّى تَسْتَأمِرِي أبَوَيْكِ » [1] فإنه جعل لها الخيار على التراخي ، وأما طلقي نفسك وأمرك بيدك فتوكيل يعم الزمان ما لم يقيده بقيد بخلاف مسألتنا ، (إلا أن يجعل لها أكثر من ذلك) بأن يقول لها : اختاري نفسك يوماً أو أسبوعاً أو شهراً ونحوه ، فتملكه إلى انقضاء ذلك ، (فإن قاما) أي الزوجان من المجلس بعد أن خيرها وقبل الطلاق بطل خيارها ، (أو) قام (أحدهما من المجلس) بطل الخيار ، لأن القيام يبطل الذكر ، فهو إعراض بخلاف المقصود (أو خرجا من الكلام الذي كانا فيه إلى غيره بطل خيارها) بالإعراض عنه ، (وإن كان أحدهما) أي الزوجين (قائماً ، فركب أو مشى بطل) خيارها للتفرق ، و(لا) يبطل خيارها (إن قعد) من كان قائماً منهما ، (أو كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت) إذ لا دلالة لذلك على الإعراض ولو طال المجلس ما لم يتشاغلا بما يقطعه ، (وإن تشاغلت بالصلاة بطل) خيارها للتشاغل ، (وإن كانت) حين خيارها (في صلاة فأتمتها لم يبطل) خيارها، لأنه لا يدل على إعراضها، (وإن أضافت إليها ركعتين أخريين) بطل للتشاغل (أو كانت راكبة فسارت بطل) خيارها للتفرق ، و(لا) يبطل خيارها (إن أكلت يسيراً أو قالت : بسم الله ، أو سبحت شيئاً يسيراً ، أو قالت : ادعو إلى شهوداً أشهدهم على ذلك) لأنه لا إعراض منها ، (وإن جعله) أي الخيار (لها على التراخي) بأن قال : اختاري إذا شئت أو متى شئت أو متى ما شئت ونحوه ، (أو قال : لا تعجلي حتى تستأمري أبويك ونحوه فهو على التراخي) لحديث عائشة .

(وإن قال) لها : (اختاري اليوم وغداً وبعد غد فلها ذلك ، فإن ردته في اليوم الأول بطل) الخيار (كله) فلا خيار لها في غد ولا ما بعده ، لأنه خيار واحد في مدة واحدة.

---

(١) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب الطلاق ، باب من خير أزواجه ، وأخرجه مسلم في كتاب الطلاق ، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً .

فإذا بطل أوله بطل فيما بعده بخلاف ما لو قال لها : اختاري اليوم وبعد غد فإنها إذا ردته في الأول لم يبطل بعد غد، لأنهما خياران منفصل أحدهما من صاحبه، (وإن قال: اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فردته في اليوم الأول لم يبطل) الخيار في اليوم (الثاني) لأنهما خياران كما دل عليه إعادة الفعل ، (ولو خيرها شهراً فاختارت) نفسها (ثم تزوجها) أو لم تخترها لكن طلقها ثم تزوجها (لم يكن لها عليه خيار) لأن الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواه كالبيع ، (وإن جعله) أي الخيار (لها اليوم كله أو جعل أمرها بيده فردته أو رجع فيه أو وطئها بطل خيارها) لأنه توكيل وقد رجع فيه ، (ولفظه الأمر) بأن ينوي بذلك تفويض الطلاق إليها ، (والخيار كناية في حق الزوج ويفتقر إلى نية) كسائر الكنايات ، (فلفظة الأمر كناية ظاهرة ، و) لفظة (الخيار) كناية (خفية كما تقدم) في أول الكنايات ، (فإن نوى) الزوج (بهما) أي بأمرك بيدك وباختاري نفسك (الطلاق في الحال وقع) الطلاق في الحال ، (ولم يحتج) وقوعه (إلى قبولها) كسائر الكنايات ، (وإن لم ينو) إيقاعه في الحال ، بل نوى تفويضه إليها ، (فإن قبلته بلفظ الكناية نحو اخترت افتقر) وقوعه (إلى نيتها) لأنه كناية أشبه ما لو أوقعه هو بكناية ، (وإن قبلته بلفظ الصريح بأن قالت : طلقت نفسي وقع من غير نية) لعدم افتقاره إليها ، (وإن اختلفا في نيتها) الطلاق (فقولها) لأنها أدرى بنيتها ، (وإن اختلفا في رجوعه) بأن قال : رجعت قبل الإيقاع ، وقالت : بل بعده ، (فقوله) لأن الأصل بقاء العصمة (كما لو اختلفا في نيته) فإن القول قوله ، لأنه أدرى بها ، (وإن قال) لها (اختاري) نفسك ، (فقالت : اخترت فقط ، أو) قالت : (قبلت فقط ولو مع النية) لم يقع الطلاق ، (أو) قالت : (أخذت أمري ، أو) قالت : (اخترت أمري ، أو) قالت : (اخترت زوجي لم يقع الطلاق) لقول عائشة : قد خيرنا رسول الله ﷺ ، « أفكَانَ طَلَاقاً » ، وقالت : « لما أمرَ النبي ﷺ بتَخْيِيرِ نِسَائه ، وبَدَأَ بِي فقَالَ : إنِّي لَمُخبِرُكِ خبَراً فَلا عَلَيْك انْ لا تَعْجَلِي حتّى تَستَأمرِي أبوَيْكِ ، ثُم قال : إن الله تعالى قال : ﴿ يَا أيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لأزْوَاجك إنْ كُنْتُنَّ تُردْنَ الحيَاةَ الدنْيَا وزينَتَهَا فَتَعَالَيْن أُمَتِّعْكُنَّ ﴾ حتى بلغ : ﴿ فإنّ اللهَ أعدَّ للمحْسنَات منْكُنَّ أجراً عظيماً﴾[1] ، فقلت : أفي هَذه استأمرُ أبويَّ، فإنّي أريدُ اللهَ ورسولَهُ والدَّارَ الآخرَةَ قالت: ثُمَّ فَعَلَ أزواجُ رَسُولِ الله ﷺ مِثْلَ مَا فَعَلْتُ » [2] متفق عليه. ولأنها مخيرة لم يوجد منها

---

(١) سورة الأحزاب ، الآيات : ٢٨ ، ٢٩ .

(٢) راجع تخريج (١) بالصفحة السابقة .

ما يدل على قطع النكاح فلم يقع بها طلاق كالمعتقة تحت عبد فلا يقع بها (حتى تقول مع النية) أي نية الطلاق (اخترت نفسي ، أو) اخترت (أبوي ، أو) اخترت (الأزواج ، أو) اخترت (لا تدخل على ونحوه) مما يدل على معنى الطلاق ، (ويجوز أن يجعل) الزوج (أمرها بيدها بعوض) منها أو من غيرها ممن يصح تبرعه .

(وحكمه) أي حكم جعل أمرها بيدها بعوض (حكم ما) أي حكم جعل أمرها بيدها (لا عوض له في أن له الرجوع فيما جعل لها ، و) في (أنه يبطل) جعله لها ذلك (بالوطء والفسخ) لأنه وكالة كما تقدم ، (فإذا قالت : اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها فلها أن تختار) نفسها ، لجعله ذلك لها (ما لم يرجع أو يطأ) لأن التوكيل لا يبطل بدخول العوض فيه ، فإن رجع أو وطئها بطل تخييرها لرجوعه عنه ، (وإن قال) لزوجته : (طلقي نفسك فهو على التراخي) لأنه فوضه إليها ، فأشبه أمرك بيدك ، (وهو) أي قوله طلقي نفسك (توكيل) لها في طلاق نفسها (يبطل برجوعه) وفسخه ووطئها كما تقدم .

(فإن قالت : اخترت نفسي) أو اخترت أبوي أو الأزواج ، (ونوت الطلاق وقع) لأنه فوض إليها الطلاق ، وقد أوقعه أشبه ما لو أوقعت بلفظه ما احتمله ، (إلا أن يجعل لها أكثر منها إما بلفظه أو نيته) لأن الطلاق يكون واحدة وثلاثاً ، فقد نوى بلفظه ما احتمله ، (ولو قال : طلقي نفسك ثلاثاً) فقالت : طلقت نفسي (طلقت ثلاثاً بنيتها) كما لو قال الزوج : طلقتك ونوى به ثلاثاً ، (وتملك بقوله : طلاقك بيدك أو وكلتك في الطلاق ما تملك بقوله لها : أمرك بيدك) فتملك الثلاث ، لأن الطلاق في الأول مفرد مضاف ، فيعم ، وفي الثاني معرف باللام الصالحة للاستغراق، فيعم ، (ولا يقع) الطلاق (بقولها) لزوجها : (أنت طالق أو أنت مني طالق أو طلقتك) لما روي أبو عبيد والأثرم أن رجلاً جاء إلى ابن عباس ، فقال : « مَلَّكْتُ امرأتِي أمرَهَا فَطَلَّقَتْنِي ثَلاثاً فَقالَ ابنُ عبّاسٍ : إن الطلاقَ لكَ ولَيسَ لهَا عَلَيْكَ » ، واحتج به أحمد ، ولأن الرجل لا يتصف بأنه مطلق بفتح اللام بخلاف المرأة (قال في الروضة : صفة طلاقها طلقت نفسي أو أنا منك طالق وإن قالت : أنا طالق لم يقع ، وحكم الوكيل الأجنبي حكمها) أي الزوجة (فيما تقدم) والمراد بالأجنبي غير الزوجة ، ولو كان قريباً للزوج أو الزوجة (فيقع الطلاق بإيقاعه) أي الوكيل (الصريح) بأن يقول : هي طالق ونحوه ، (أو بكناية بنية) الطلاق ، لأن وكيل كل إنسان يقوم مقامه فيقع منه بالكناية .

(ولو وكل فيه بصريح) بأن قال له : طلقها أو وكلتك أن تطلقها ونحوه ، لأنه حيث أتي بالكناية مع النية صدق عليه أنه طلقها ، (ولفظ أمر واختيار وطلاق للتراخي في حق وكيل) فإذا قال له : أمر فلانة بيدك ، أو اختر طلاقها ، أو طلقها ملك على التراخي ، (وتقدم بعض ذلك في آخر كتاب الطلاق ووجب على النبي ﷺ تخيير نسائه) وتقدم في الخصائص وخيرهن وبدأ بعائشة وتقدم قريباً ، (وإن وهبها) أي وهب الزوج زوجته (لأهلها) بأن قال : وهبتها لأبيها أو أخيها ونحوه ، (أو لأجنبي أو وهبها لنفسها فردت) بالبناء للمفعول ، أي رد الموهوب له من أهلها أو الأجنبي أو هي الهبة فلغو ، روى عن ابن مسعود ، ولأن ذلك تمليك للبضع ، فافتقر إلى القبول كقوله: اختاري وأمرك بيدك ، (أو) قبل موهوب له الهبة ، لكن (لم ينو) الزوج بالهبة (طلاقاً) فلغو ، (أو) قبل موهوب له ، و(نواه) أي الزوج الطلاق ، (ولم ينوه موهوب له فلغو) لأنه كناية في حق كل من الواهب والموهوب له ، فإن لم يقترن بنيتهما لم يقع كسائر الكنايات (كبيعها) أي كما لو باع زوجته (لغيره) كأن يقول : بعتك لزيد مثلاً فلا يقع طلاق ولو نواه وقبله زيد ونواه (نصاً) لأنه لا يتضمن معنى الطلاق لكونه معاوضة والطلاق مجرد إسقاط ، وذكر ابن حمدان : إن ذكر عوضاً معلوماً طلقت مع النية والقبول .

(وإن قبلت) بالبناء للمفعول أي قبلها موهوب له غيرها أو هي إن وهبت لنفسها وصفة قبول أهلها أن يقولوا : قبلناها ، نص عليه ، وكذا الأجنبي أو هي ، (فواحدة رجعية إذا نواها أو أطلق نية الطلاق) لأنه لفظ محتمل فلا يحتمل على أكثر من واحدة عند الإطلاق كقوله : اختاري، وكانت رجعية، لأنها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد ، فكانت رجعية كما لو قال لها : أنت طالق (أو دلت دلالة الحال) على إرادة الطلاق منهما فيعمل بها لقيامها مقام النية ، (وإن نوى كل) من واهب وموهوب له بالهبة والقبول (ثلاثاً أو اثنتين وقع ما نواه) لأن لفظه يحتمله (كبقية الكنايات الخفية وتعتبر نية موهوب له) بالقبول الطلاق ، كما تعتبر نية (واهب) بالهبة الطلاق ، لأن ذلك كناية كما تقدم ، (ويقع أقلها إذا اختلفا في النية) فإذا نوى أحدهما واحدة والآخر اثنتين ، فواحدة أو نوى أحدهما اثنتين والآخر ثلاثاً فاثنتان ، (وإن نوى الزوج بالهبة) أي بقوله : وهبتك لأهلك أو لزيد أو لنفسك (الطلاق في الحال) من غير توقف على قبول (وقع) الطلاق في الحال ، (ولم يحتج إلى قبولها) كما لو أتى بكناية غيرها

ناوياً الإيقاع ، (ومن شرط وقوع الطلاق النطق به) لما تقدم أول الباب (إلا في موضعين تقدما) في الباب :

أحدهما : (إذا كتب صريح طلاقها) بما يبين .

(و) **الثاني** : (إذا طلق الأخرس بالإشارة) المفهومة .

(فإن طلق في قلبه لم يقع كالعتق ولو أشار بأصبعه) أو أصابعه الثلاثة (مع نيته بقلبه) لما تقدم (نقل ابن هانيء) عن أحمد إذا طلق في نفسه (لا يلزمه) أي الطلاق (ما لم يلفظ به أو يحرك لسانه) قال في الفروع : فظاهره أي النص المذكور (يقع ولو لم يسمعه بخلاف القراءة في الصلاة) فإنها لا تجزيه ، حيث لم يسمع نفسه . قال في الفروع : ويتوجه كقراءة في صلاة يعني أنه لا يقع طلاقه إذا حرك لسانه به إلا إذا كان بحيث يسمع نفسه لولا المانع ، وتقدم ومميز ومميزة في كل ما سبق كالبالغين .



باب ما يختلف به عدد الطلاق

يعتبر (الطلاق بالرجال) روى ذلك عن عمر وعليّ وعثمان وزيد وابن عباس، لأن الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية ، فكان اختلافه معتبراً بالرجل كعدد المنكوحات ، ولأن الله تعالى خاطبهم بالطلاق فكان حكمه معتبراً بهم ، وحديث عائشة مرفوعاً : « الأمةُ تَطْلِيقَتَانِ وقُرْؤُهَا حيضَتَانِ »[1] رواية طاهر بن أسلم ، وهو منكر الحديث ، قاله أبو داود مع أن الدارقطني أخرجه في سننه عن عائشة مرفوعاً قال : «طَلَاقُ العبْدِ اثْنَتَانِ فلا تَحِلُّ له حتّى تَنْكحَ زَوْجاً غَيْرَهُ » (فيملك الحر) ثلاث تطليقات، وإن كان تحته أمة ، (و) يملك (المعتق بعضه ثلاث طلقات ، وإن كان تحته أمة) أما الحر فلما تقدم ، وأما المبعض فلأن تسمية الطلاق في حقه غير ممكنة ، لأنه لا يتبعض فكمل في حقه ، ولأن الأصل إثبات الطلقات الثلاث في حق كل مطلق ، وإنما خولف في حق من كمل فيه الرق لما سبق ففيما عداه يبقى على الأصل ، (ويملك العبد والمكاتب ونحوه) كالمدبر والمعلق عتقه بصفة (اثنتين) أي طلقتين لما تقدم ، (ولو طرأ رقه) على الطلاق (كلحوق ذمي بدار حرب فاسترق وقد كان طلق اثنتين) فلا يملك الثالثة هذا أحد وجهين أطلقهما في الترغيب ، وقال الموفق ومن تابعه : يملك الثالثة ، لأن الثنتين لما وقعتا كانتا غير محرمتين فلا تنقلبان محرمتين برقه ، وكان الأولى للمصنف أن يجعله غاية لقوله : فيملك الحر الثلاث كما يرشد إليه صنيع صاحب الإنصاف والمبدع ويملك القن ونحوه اثنتين .

(وإن كان تحته حرة) لما تقدم ، (فلو علق) العبد ونحوه (الطلاق الثلاث بشرط ، فوجد بعد عتقه طلقت) المعلق طلاقها (ثلاثاً) لملك الثلاث حين الوقوع ، (وإن علق) العبد (الثلاث بصفة) بأن قال : إن عتقت فأنت طالق ثلاثاً ، ثم عتق وقع اثنتان . و(لغت الثالثة) لوقوع الطلاق حال الحرية وملك الثلاث يترتب عليها لا مقارن لها ، (ولو عتق) عبد (بعد طلقة) بأن طلق زوجة طلقة ثم عتق وأعادها برجعة أو عقد (ملك

---

(١) الحديث أخرجه الدارمي في السنن ، كتاب الطلاق ، باب في طلاق الأمة ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الطلاق ، باب في سنة طلاق العبد ، الحديث (٢١٨٩) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/٤٨٨ ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في طلاق الأمة تطليقتان ، الحديث (١١٨٢) ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ١/٦٧٢ ، كتاب الطلاق ، باب في طلاق الأمة ، الحديث (٢٠٨٠).

تمام الثلاث) لأن الطلقة لم تكن محرمة ، (ولو عتق) عبد (بعد طلقتين) لم يملك ثالثة ، (أو عتقا) أي العبد وزوجته الأمة (معاً) بعد طلقتين نكاحها حتى تنكح زوجاً وقعتا محرمتين ، فلم تنقلبا غير محرمتين ، (فلو عتق بعد طلقتين لم يملك ثالثة) لأنهما غيره بشروطه . (ويأتي في الرجعة) لأنه طلق نهاية عدده كالحر إذا طلق ثلاثاً ، (وإذا قال) الزوج : (أنت الطلاق ، أو) قال : (أنت طالق ، أو) قال (الطلاق لي لازم ، أو) قال : (الطلاق يلزمني ، أو) قال : (يلزمني الطلاق ، أو) قال : (على الطلاق ولو لم يذكر المرأة ونحوه) أي نحو ما ذكر ، كعلي يمين بالطلاق ، (فصريح) لا يحتاج إلى نية (منجزاً كان) كالأمثلة المذكورة ، (أو معلقاً بشرط) كقوله : أنت الطلاق إن دخلت الدار ونحوه ، (أو محلوفاً به) كأنت الطلاق لأقومن أو لأضربن زيداً ، فهو صريح وهو مستعمل في عرفهم . قال الشاعر :

نوهت باسمي في العالمينا وأفنيت عمري عاماً فعاماً

فأنت الطالق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثاً تماماً

ولا ينافي ذلك كونه مجازاً ، لأنه يتعذر حمله على الحقيقة ، ولا محل له يظهر سوى هذا المحل فتعين فيه ، (ويقع) به (ثلاث مع نيتها) كما لو نواها بأنت طالق ، (ومع عدمها) أي عدم نية الثلاث بأن نوى واحدة أو أطلق ، يقع (واحدة) لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثاً ، ولا يعلمون أن الألف واللام للاستغراق ، ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثاً ، ولا يعتقد أنه طلق واحدة ، (فإن قال : الطلاق يلزمني ونحوه) كعلي الطلاق ، (وله أكثر من واحدة ، فإن كان هناك سبب أو نية تقتضي تخصيصاً ، أو تعميماً عمل به) أي بالسبب ، أو النية المقتضى للتعميم أو التخصيص ، (وإلا) أي وإن لم يكن هناك سبب ولا نية يقتضيان ذلك (وقع بالكل) أي كل الزوجات (واحدة واحدة) لعدم المخصص ، وإذا قال لزوجته : (أنت طالق ثلاثاً فثلاث) لأنه نوى بلفظه ما يحتمله ، فوقع كقوله : أنت طالق ثلاثاً ، ولأن طالق اسم فاعل ، وهو يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعل ، والمصدر يقع على القليل والكثير (كنيتها) أي الثلاث (بأنت طالق ثلاثاً ، أو) أنت (طالق الطلاق ، وعنه) أي عن أحمد يقع (واحدة ، اختاره أكثر المتقدمين) لأن هذا اللفظ لا يتضمن عدداً ولا بينونة فلم يقع به الثلاث ؛ ولأن أنت طالق إخبار عن صفة هي عليها فلم تتضمن العدد كقوله : حائض وطاهر والأولى أصح . والفرق ظاهر ، لأنه لا يمكن تعددهما في حقها في آن واحد بخلاف الطلاق ، وإن قال : أنت طالق ثلاثاً ، ونوى واحدة فثلاث ، لأن اللفظ صريح في الثلاث والنية لا تعارض الصريح ، لأنه أقوى منها .

(ولو أوقع طلقة ثم جعلها ثلاثاً ولم ينو استئناف طلاق بعدها فواحدة) لأن الواحدة لا تنقلب ثلاثاً ، (و) إن قال : (أنت طالق واحدة ونوى ثلاثاً فواحدة) لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه ، فلو وقع أكثر منها وقع بمجرد النية ، (وأنت طالق هكذا ، وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثاً) لأن التفسير يحصل بالإشارة ، وذلك يحصل للبيان لقوله ﷺ : « الشهْرُ هكَذَا وَهكَذَا وهكَذَا » ، (فإن قال : أردت) أنها طالق (بعدد المقبوضتين قبل منه) وقع اثنتان، لأن ما يدعيه محتمل كما لو فسر المجمل بما يحتمله . وفي الرعاية إن أشار بالكل فواحدة ، (وإن لم يقل هكذا ، بل أشار فقط فطلقة واحدة) لأن إشارته لا تكفي وتوقف أحمد . (قال في الرعاية : ما لم يكن له نية) فيعمل بها (و) إن قال لإحدى امرأتيه : (أنت طالق واحدة ، بل هذه ثلاثاً طلقت الأولى واحدة) لأنه طلقها واحدة والإضراب بعد ذلك لا يصح، لأنه رفع للطلاق بعد إيقاعه ، (و) طلقت (الثانية ثلاثاً) لأنه أوقعها بها ، ولأن الإضراب إثبات للثاني ونفي للأول ، (و) إن قال لها : (أنت طالق ، بل هذه طلقتا) لما مر ، (وإن قال : هذه أو هذه وهذه طالق ، وقع) الطلاق (بالثالثة وإحدى الأوليين) بقرعة ما لو قال : (هذه أو هذه ، بل هذه طالق) لأن أو لأحد الشيئين ، (وإن قال) لإحدى امرأتيه : (هذه وهذه ، أو هذه طالق وقع) الطلاق (بالأولى وإحدى الأخريين) بقرعة (كهذه ، بل هذه أو هذه طالق ، ويأتي في باب الشك في الطلاق له تتمة ، و) من قال لزوجته : (أنت طالق كل الطلاق أو أكثره بـ) الثاء (المثلثة ، أو) أنت طالق (جميعه أو منتهاه أو غايته ، أو) أنت طالق (كعدد الحصى ألف ، أو) أنت طالق (بعدد الحصى أو القطر أو الريح أو الرمل أو التراب أو الماء ونحوه) مما يتعدد كالنجوم والجبال والسفن والبلاد طلقت ثلاثاً . وإن نوي واحدة ، لأن هذا يقتضي عدداً ، ولأن للطلاق أقل وأكثر ، وأقله واحدة وأكثره ثلاث ، والماء ونحوه تتعدد أنواعه وقطراته أشبه الحصى ، (أو) قال (بإمائه طالق ، أو) قال : (أنت مائة طالق ونحوه ثلاثاً ، وإن نوى واحدة) لأن ذلك لا يحتمله لفظه ، (وكذا أنت طالق كألف، أو) أنت طالق (كمائة) وقع ثلاث، (فإن نوى) بأنت طالق كألف ونحوه (في صعوبتها قبل حكما) لأن لفظه يحتمله (إلا في قوله) : أنت طالق (كعدد ألف) أو كعدد مائة فلا يقبل قوله ، أو أنه أراد به واحدة، لأن اللفظ لا يحتمله ، (و) إن قال : (أنت طالق إلى مكة ولم ينو بلوغها) طلقت في الحال ، (أو) قال : (أنت طالق بعد مكة طلقت في الحال ، ويأتي) ذلك (في) باب (الطلاق في الماضي والمستقبل . وإن قال) : أنت طالق (أشد الطلاق أو أغلظه أو أكبره بالباء الموحدة أو أطوله أو أعرضه أو ملء الدنيا أو ملء البيت ونحوه)

كالمسجد ، (أو) أنت طالق (مثل الجبل أو مثل عظم الجبل فواحدة رجعية ما لم ينو أكثر) لأن هذا الوصف لا يقتضي عدداً . والطلقة الواحدة توصف بأنها يملأ الدنيا ذكرها وأنها أشد الطلاق وأعرضه ، فإن نوى ثلاثاً وقعت ، لأن اللفظ صالح لأن يراد به ذلك. (وكذا) لو قال : أنت طالق (أقصاه) فتقع واحدة (صححه في الإنصاف ، وصحح في التنقيح وتصحيح الفروع أنها ثلاث ، وإن نوى واحدة) وتبعهما في المنتهى. (و) إن قال : أنت (طالق من واحدة إلى ثلاث طلقت اثنتين) لأن ما بعد الغاية لا يدخل فيها بمقتضى اللغة ، وإنما يدخل إذا كانت إلي ، بمعنى : مع ، ولا نوقعه بالشك، (و) إن قال : (أنت طالق ما بين واحدة وثلاث) وقع (واحدة) لأنها التي بينهما ، (و) إن قال : (أنت طالق طلقة في اثنتين ، ونوى طلقة مع طلقتين فثلاث) بغى ، لأنه يعبر عن ومع ، لقوله تعالى : ﴿ فادخلي في عبادي ﴾ [1] فإذا نوى ذلك بلفظه قبل منه ووقع ما نواه .

(وإن نوى) بانت طالق طلقة في اثنتين (موجبه عند الحساب فاثنتان) لأن ذلك مدلول اللفظ عندهم وقد نواه ، (ولو لم يعرفه) أي يعرف موجبه عند الحساب قياساً على الحاسب لاشتراكهما في النية ، (وإن قال الحاسب) : أردت واحدة قبل (أو) قال (غيره) أي غير حاسب (أردت واحدة قبل) منه ذلك ، لأنه فسر كلامه بما يحتمله ، (وإن لم ينو) من قال ذلك شيئاً (وقع بامرأة الحاسب اثنتان) لأنه لفظ موضوع في اصطلاحهم لاثنتين ، فوجب العمل به ، (و) وقع (بغيرها) أي بغير امرأة الحاسب (واحدة) لأن لفظ الإيقاع اقترن بالواحدة والاثنتان اللتان جعلهما ظرفاً لم يعترف بهما لفظ الإيقاع ، فلا يقع بدون القصد له ، (و) إن قال : أنت (طالق نصف طلقة في نصف طلقة طلقت بكل حال) حاسباً كان أو غيره أراد معنى مع أو لا ، لأنه لا يتبعض كما يأتي ، (وإن قال) لزوجته : أنت طالق (بعدد ما طلق فلان زوجته وجهل عدده) أي عدد ما طلق فلان زوجته (فطلقة) لأنها اليقين وما زاد مشكوك فيه .

★ ★ ★

(فصل في تبعيض الطلاق) [2]

وجزء طلقة كهي ، لأن الطلاق لا يتبعض فذكر بعضه ذكر لجميعه ، حكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه ، (فإذا قال : أنت طالق نصف طلقة) أو ثلثها ونحوه طلق طلقة (أو) قال : أنت طالق (نصفي طلقة ، أو) قال : أنت طالق (جزءاً منها) أي من طلقة ، (وإن قل) كما لو قال لها : أنت طالق جزءاً من ألف جزء من طلقة طلقت

---

(١) سورة الفجر ، الآية : ٢٩ . (٢) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ.

طلقة ، لأنه لا يتبعض ، (أو) قال لها : أنت طالق (نصف طلقتين طلقة) لأن نصفهما طلقة ، (وإن قال) لها : أنت طالق (نصفي طلقتين) فثنتان ، لأن نصفي الشيء جميعه ، فهو كما لو قال لها : أنت طالق طلقتين ، (أو) قال : أنت طالق (نصف ثلاث طلقات أو ثلاثة أنصاف طلقة أو أربعة أو ثلاث أو خمسة أرباع) طلقة ، (ونحوه) كستة أخماس وقع (اثنتان) لأن ثلاثة الأنصاف طلقة ونصف طلقة ، فيكمل النصف فتصير اثنتين ، وهكذا تفعل بباقي الأمثلة ، لأن الطلاق لا يتبعض ، (وإن قال) أنت طالق (ثلاثة أنصاف طلقتين فثلاث) لأن نصف الطلقتين طلقة ، وقد أوقعه ثلاثاً، (و) إن قال لها : أنت طالق (نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة) فواحدة، لأنه لم يأت بأداة العطف ، فدل على أن هذه الأجزاء من طلقة واحدة ، وأن الثاني يكون بدلاً من الأول ، وأن الثالث يكون بدلاً من الثاني البدل هو المبدل أو بعضه . قال في الشرح: وعلى هذا التعليل أنت طالق طلقة نصف طلقة أو طلقة طلقة لم تطلق إلا طلقة. وكذا إن قال : نصفاً وثلثاً وسدساً لم يقع إلا طلقة ، لأن هذه أجزاء الطلقة إلا أن يريد من كل طلقة جزءاً فيقع ثلاث ، (أو) قال : أنت طالق (نصف وثلث وسدس طلقة فواحدة) لأنه لما لم يقل نصف طلقة وسدس طلقة دل على أن هذه الأجزاء من طلقة غير متغايرة ومجموعها طلقة ، (وإن قال) : أنت طالق (نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة طلقت ثلاثاً) لأن هذا اللفظ يفهم منه أن كل جزء من طلقة غير التي منها الجزء الآخر ، إذ لو أراد إضافتها إلى طلقة واحدة لم تحتج إلى تكرار لفظها ، فلما كرره علمنا أنه لفائدة ولا فائدة له سوى هذا فحملناه عليه ، وإذا كان كل جزء من طلقة كملت الثلاث ، ومن قال لزوجته : أنت طالق طلقة أو نصف طلقة أو ثلث طلقة ونحوه أو أنت نصف طالق أو ثلث طالق أو سدس طالق ونحوه وقع بها طلقة بناء على ما تقدم من أن أنت الطالق صريح .

(وإن قال) لزوجات أربع : (أوقعت بينكن ، أو) أوقعت (عليكن ، أو) قال : عليكن أو (بينكن بلا أوقعت طلقة أو اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً وقع بكل واحدة طلقة) لأن اللفظ اقتضى اسم الطلقة بينهن لكل واحدة ربعاً والطلقتين لكل واحدة نصفاً والثلاث لكل واحدة ثلاثة أرباع ، وتكمل وإلا ربع لكل واحدة طلقة ، (وإن أراد قسمة كل طلقة بينهن وقع الاثنين) أي فيما إذا قال : أوقعت عليكن أو بينكن اثنتين (على كل واحدة اثنتان) لأنه يحصل لها بالقسم من كل منهما ربع ، (وتكمل بالثلاث) أي فيما إذا قال: أوقعت عليكن أو بينكن ثلاثاً (وإلا ربع) فيما إذا قال : وقعت بينكن أو عليكن أربعاً (بكل واحدة ثلاثاً ، وكذا ما بعدها من الصور) لما تقدم ، (وإن قال) لأربع :

(أوقعت بينكن ، أو) عليكن (خمساً أو ستاً أو سبعاً أو ثمانياً وقع بكل واحدة طلقتان) وكذا لو أسقط لفظ أوقعت ، لأن نصيب كل واحدة من خمسة طلقة وربع ومن ست طلقة ونصف ومن سبع طلقة وثلاثة أرباع ، ويكمل الكسر في الجميع ومن الثمان كل واحدة طلقتان ، (وإن أوقع) على أربع (تسعاً فأزيَد) كأوقعت بينكن عشراً فثلاث لما تقدم ، (أو قال : أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة فثلاث) لأنه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها ، (وسواء في ذلك المدخول بها وغيرها) لأن الواو لا تقتضي ترتيباً ، (و) إن قال : (أوقعت بينكن طلقاً فطلقة ، أو) قال : أوقعت (طلقة ، ثم طلقة ثم أوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة أو أوقعت بينكن طلقة طلقن) الكل (ثلاثاً إلا التي لم يدخل بها ، فإنها تبين بالأولى) فلا يلحقهما ما بعدها ، (فإن قال) لزوجاته: (أنتن طوالق ثلاثاً ، أو) قال : (طلقتكن ثلاثاً طلقن ثلاثاً ثلاثاً) سواء المدخول بها وغيرها .



وإن قال لزوجته : نصفك أو جزء منك أو أصبعك أو يدك ولها يد (أو دمك طالق طلقت) لأنه أضاف الطلاق إلى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح ، فأشبه الجزء الشائع، بخلاف زوجتك نصف بنتي أو يدها أو نحوهما ، فإنه لا يصح النكاح ، (لكن لو قال: إصبعك) طالق (أو يدك طالق ولا إصبع لها) في الأولى ، (ولا يد) في الثانية لم تطلق ، (أو قال : إن قمت فيمينك) مثلاً (طالق ، فقامت بعد قطعها لم تطلق) لأنه أضيف إلى ما ليس منها فلم يقع ، وفي الأخيرة وجد الشرط ولا يمين لها ، فلم يقع. (وإن قال) لها : (شعرك) طالق (أو ظفرك) طالق (أو سنك أو لبنك أو منيك) طالق تطلق ، لأن تلك الأجزاء تنفصل عنها مع السلامة فلا تطلق بإضافة الطلاق إليها كالحمل ، (أو قال : سوادك أو بياضك) طالق لم تطلق، لأنه عرض ، (أو) قال : (ريقك أو دمعك أو عرقك) طالق لم تطلق، لأن ذلك ليس جزءاً منها ، (أو) قال : روحك (طالق لم تطلق ، لأن الروح ليست عضواً ولا شيئاً يستمتع به ، أشبهت السواد والبياض ، (أو) قال : (حملك) طالق لم تطلق، لأن ليس جزءاً منها، (أو) قال : (سمعك أو بصرك طالق لم تطلق) لأنه عرض كالبياض والسواد (وحياتك طالق تطلق) لأنه لا بقاء لها بدونهما ، فأشبه ما لو قال : رأسك طالق ، (و) إن قال : (أنت طالق شهراً أو بهذا البلد ، صح) الطلاق (وتطلق في جميع الشهور والبلدان) لأنه إذا أوقع في شهر أو بلد لم يرتفع في غيره ، (وحكم عتق في

الكل) أي كل ما تقدم مما يقع أو لا يقع (كطلاق) فمن قال لقنه : يدك أو أصبعك أو حياتك أو جزء منك حر عتق كله ، وإن قال له : شعرك أو ظفرك ونحوه لم يعتق ، وتقدم في العتق .

★ ★ ★

(فصل في الفرق بين المدخول بها وغيرها)[1]

فيما تخالف به المدخول بها غيرها ، وإن قال لزوجة مدخول بها بوطء أو خلوة عن عقد صحيح : (أنت طالق أنت طالق ، ونوى بالثانية الطلاق) أي إيقاع طلقة ، (أو لم ينو بها) أي الثانية (إيقاعاً ولا تأكيداً طلقت طلقتين) لأنه لفظ يقتضي الوقوع بدليل ما لو لم يتقدمه مثله ، وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد ، فإذا لم توجد رفع مقتضاه كما يجب العمل بالعموم في العام إذا لم يوجد المخصص ، (وإن نوى بالثانية التأكيد) للأولى ، (أو) نوى (إتمامها) واتصل ذلك بالأولى فواحدة، لأنه صرف الثانية عن الإيقاع بنية التأكيد أو الإفهام فلم يقع بها شيء ، (أو كانت) الزوجة المقول لها: أنت طالق أنت طالق (غير مدخول بها فواحدة) ولو لم ينو بالثانية التأكيد، لأنها تبين بالأولى ، فلا يلحقها ما بعدها ، وكذا لو كان النكاح فاسداً ، (ويشترط في) اعتبار (التأكيد) والإفهام (أن يكون متصلاً ، فلو قال : أنت طالق ، ثم مضى زمن طويل) أي زمن يمكنه الكلام فيه ، (ثم أعاد ذلك للمدخول بها طلقت) طلقة (ثانية ولم تنفعه نية التأكيد) ولا الإفهام ، لأن التأكيد تابع للكلام ، فشرطه أن يكون متصلاً به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل والإفهام نوع من التأكيد اللفظي ، (وإن) قال لمدخول بها : أنت طالق أنت طالق ، و(نوى بالثالثة التأكيد) أي تأكيد الأولى بالثانية ، (وإن أكد الثانية بالثانية صح) التأكيد ، (وقبل) منه فيقع اثنتان للاتصال ، (وكذا تأكيد الأولى بهما) أي بالثانية والثالثة فيصح ويقبل منه لعدم الفصل ، (أو) أكد الأولى (لم يقبل لعدم اتصال التأكيد) فتقع الثالثة ، حيث لم يقصد تأكيد الأولى بالثانية ، (وإن أكد بالثانية) صح وقبل للاتصال ، وإن قال : أطلقت نية التأكيد ولم أعن أولى ولا ثانية فواحدة ، (و) إن قال : (أنت طالق طالق طالق يقع واحدة) لأنه لم يعينها بلفظ يقتضي المغايرة ، (ما لم ينو أكثر) من واحدة فيقع ما نواه، لأن لفظه يحتمله ، وإن قال : (أنت طالق وطالق وطالق ، وأكد الأولى بالثانية لم يقبل ، لأنه غاير بينهما) أي الثانية ، (وبين الأولى بحرف يقتضي المغايرة ، و) يقتضي (العطف) وهو حرف العطف ، (وهذا يمنع التأكيد) لأن التأكيد عين المؤكد والمغايرة تمنعه ، (وإن أكد الثانية بالثالثة قبل) منه (لأنها) أي الثالثة (مثلها) أي الثانية (في لفظها) فلا

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

مانع من التأكيد ، (وإن قال : أنت طالق فطالق ، أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق ، فالحكم فيها كالتي عطفها بالواو) إن أكد الأولى بالثانية لم يقبل للمغايرة، وإن أكد الثانية بالثالثة قبل، لأنها مثلها ، (وإن غاير بين الحروف) الي عطف بها ، (فقال: أنت طالق وطالق ثم طالق ، أو) قال : أنت (طالق ثم طالق وطالق ، أو) قال : أنت (طالق وطالق فطالق ، أو) قال : أنت (طالق وطالق فطالق لم يقبل في شيء منها إرادة التأكيد) لا للأولى ولا للثانية (لأن كل كلمة مغايرة لما قبلها مخالفة لها في لفظها والتأكيد ، إنما يكون بتكرير الأول بصورته ، و) إن قال : (أنت مطلقة أو مسرحة أنت مفارقة ، وأكد الأولى بهما) أي بالثانية والثالثة (قبل ، لأنه لم يغاير بينهما بالحروف الموضوعة للمغايرة بين الألفاظ ، بل أعاد اللفظة بمعناها) وهذا يعد تأكيداً ، (وإن أتى) أي عطف هذه الجمل (بالواو) أو الفاء أو ثم (لم يقبل) منه إرادة التأكيد، لأنه يقتضي المغايرة المانعة من التأكيد كما تقدم ، (وإن أتى بشرط أو استثناء أو صفة عقب جملة اختص بها ، فإذا قال : أنت طالق أنت طالق ، فهاتان جملتان لا تعلق إحداهما بالأخرى) لعدم الأداة التي تقتضي التشريك بينهما ، (فلو تعقب إحداهما بشرط) بأن قال : أنت طالق أنت طالق إن قمت لم يتناول الأخرى فتقع الأولى في الحال والثانية إذا وجد الشرط ، (أو) تعقب إحداهما (باستثناء) كقوله : أنت طالق أنت طالق إلا واحدة لم يتناول الأخرى فتقع الثنتان ، لأنه كاستثناء للكل كما لو قال : أنت طالق طلقة إلا طلقة ، (ثم) تبع إحداهما (بصفة) كأن يقول: أنت طالق أنت طالق قائمة (لم يتناول الأخرى) فتقع الأولى في الحال والثانية إذا قامت (بخلاف معطوف مع معطوف عليه ، فإنهما شيء واحد ولو تعقبه بشرط) أو صفة (لعاد إلى الجميع) لأن حرف العطف يصير الجملتين كالواحدة ، فإذا قال : أنت طالق ثم طالق إن قدم زيد لم تطلق حتى يقدم ، فيقع طلقتان ، ولو قال : أنت طالق وطالق صائمة طلقت بصيامها طلقتين ، (و) إن قال لمدخول بها : (أنت طالق فطالق أو) أنت طالق (ثم طالق ، أو) أنت طالق (بل طالق ، أو) أنت (طالق طلقة بل طلقتين) فثنتان ، لأن حروف العطف تقتضي المغايرة ، وبل من حروف العطف إذا كان بعدها مفرد وهي هنا كذلك ، لأن اسم الفاعل من المفردات ، وإن كان متحملاً للضمير بدليل أنه يعرف والجملة لا تعرف ، وإن قال : أنت طالق ، لا بل أنت طالق ، فواحدة، لأنه قد صرح بنفي الأول ثم أثبته بعد نفيه ، فيكون المثبت هو المنفي ، (أو) قال : أنت (طالق طلقة بعدها طلقة ، أو بل طلقة ، أو) أنت طالق طلقة (قبل طلقة أو قبلها طلقة طلقت طلقتين) لأن ذلك صريح في الجميع واللفظ يحتمله .

(وإن كانت) الزوجة المقول لها ذلك (غير مدخول بها بانت بالأولى ولم يلحقها ما بعدها) لها إذا بانت بالأولى صارت كالأجنبية فلا يلحقها ما بعدها ، (لكن لو أراد بقوله بعدها طلقة) أو بعد طلقة (سأوقعها) بعد ذلك (قبل) منه (حكماً) ولم يقع إذن سوى طلقة ، لأن لفظه يحتمل ذلك ، (وإن أراد بقوله قبلها طلقة) أو قبل طلقة (في نكاح آخر) قبل هذا ، (أو أن زوجاً قبلي طلقها قبل) منه حكماً (إن) كان (وجد ذلك) لأنه أدرى بنيته ولفظه محتمل ، (و) إن قال : (أنت طالق طلقة معها طلقة ، أو) أنت طالق طلقة (مع طلقة ، أو) أنت (طالق وطالق طلقت طلقتين ولو غير مدخول بها) لأنه أوقع الطلاق بلفظ يقتضي وقوع طلقتين معاً فوقعا كما لو قال : أنت طالق طلقتين ، (وإن قال) : أنت طالق طلقة (معها اثنتان وقع ثلاث) وإن كانت غير مدخول بها لما تقدم ، (و) الطلاق (المعلق) بشرط ، (كـ) الطلاق (المنجز في هذا) الحكم المتقدم ذكره (سواء قدم الشرط أو أخره) أو أفرده (أو كرره ، فلو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق) أو إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق (فدخلت) الدار (طلقت) المدخول بها (ثلاثاً ، و) طلقت (واحدة إن كانت غير مدخول بها) لأنها تبين بالأولى فلا يلحقها ما بعدها ، (و) إن قال : (إن دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقة ، أو) فأنت طالق طلقة (مع طلقة فدخلتـ) ها (طلقت طلقتين ، ولو) كانت (غير مدخول بها) لما تقدم ، (وإن قال لغير مدخول بها : أنت طالق ثم طالق إن دخلت الدار ، أو إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق فدخلتـ) ها (طلقت واحدة) وبانت بها فلا يلحقها ما بعدها ، (وإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت) ها (طلقت مدخول بها وغيرها) أي غير مدخول بها (اثنتين) لأن التعليق يقتضي إيقاع الطلاق بشرط الدخول ، وقد كرر التعليق فتكرر الوقوع ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق طلقتين ، (وإن قصد) بتكريره (إفهاماً أو تأكيداً) واتصل (وقع واحدة) فقط ، لأن ما عداها مصروف عن الإيقاع ، (وإن كرر الشرط مع الجزاء ثلاثة فقال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، إن دخلت الدار فأنت طالق ، إن دخلت الدار فأنت طالق طلقت) مدخول بها وغيرها (ثلاثاً) بدخولها ، لأن الصفة وجدت فاقتضى وقوع الثلاث دفعة واحدة . (وقال الشيخ فيمن قال الطلاق يلزمه وكرره) مرتين فأكثر (لأفعلن كذا وكذا لا يقع) إذا وجد المحلوف عليه (أكثر من طلقة إذا لم ينو) أكثر ، ومقتضى كلام الأصحاب يقع بعدد ما كرره ما لم ينو إفهامها أو تأكيداً ويكون متصلاً .



باب الاستثناء في الطلاق

الاستثناء استفعال من الثني ، وهو الرجوع . يقال : ثنى رأس البعير إذا عطفه إلى ورائه ، فكأن المستثني رجع في قوله إلى ما قبله ، (وهو) أي الاستثناء اصطلاحاً : (إخراج بعض الجملة) أي بعض ما يتناوله اللفظ (بـ) لفظ (إلا ، أو ما يقوم مقامها، كغير وسوى) بوزن رضا وهدى وسماء وبناء ، (وليس ، ولا يكون وحاشا وخلا وعدا) مقرونين بما أو مجردتين منها (من متكلم واحد) لما يأتي من أنه يشترط لصحة الاستثناء نية قبل تمام المستثنى منه ، وذلك لا يصح أن يكون من متكلمين . والاستثناء واقع في الكتاب والسنة ولسان العرب (يصح استثناء النصف فأقل) لأنه كلام متصل أبان به أن المستثنى غير مراد بالأول فصح ، كما لو أتى بما عدا المستثنى بدون الاستثناء ولولا ذلك لم يصح قول سيدنا إبراهيم : ﴿ إِنَّنِي براءٌ مِّمَّا تعبُدُونَ إلا الذِي فَطَرَنِي ﴾[1] يريد به البراءة من غير الله عز وجل . وقال تعالى : ﴿ فَلَبِثَ فيهمْ ألفَ سَنَةٍ إلا خَمسينَ عَاماً ﴾ [2] وليس الاستثناء رافعاً لواقع ، وإنما هو مانع لدخول المستثنى في المستثنى منه . فيصح الاستثناء (من طلقاتها) كأنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، (ومطلقاته) كنسائه طوالق إلا فلانة ، (وإقراره) كله على عشرة إلا أربعة ونحوه .

و(لا) يصح استثناء (ما زاد عليه) أي النصف (نصاً) ونصره في الشرح وقواه ابن حمدان، وجاز الأكثر، لأنه مسلم في قوله تعالى: ﴿ إلا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الغَاوِينَ ﴾[3] لأنه لم يصرح بالعدد ، وذكر أبو يعلي الصغير أنه استثناء بالصفة وهو في الحقيقة تخصيص ، وأنه يجوز فيه الكل ، نحو اقتل من في الدار إلا بني تميم ، وهم بنو تميم فيحرم قتلهم ، (فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً) طلقت ثلاثاً ، لأن استثناء الكل رفع لما أوقعه فلم يرتفع ، (أو) قال : أنت طالق (ثلاثاً إلا اثنتين) طلقت ثلاثاً، لأن الاستثناء الأكثر كالكل، لأن الأكثر يقوم مقام الكل في مواضع كثيرة ، (أو) قال: أنت طالق (خمساً إلا ثلاثاً) طلقت ثلاثاً لما تقدم ، (أو) قال : أنت طالق خمساً (إلا واحدة ، أو) أنت طالق (أربعاً إلا واحدة) طلقت ثلاثاً لبقائها بعد الاستثناء ، (أو قال) : أنت طالق (ثلاثاً إلا ربع طلقة) أو نصفها أو سدسها ونحوه (طلقت ثلاثاً)

---

(١) سورة الزخرف ، الآيات : ٢٦ ، ٢٧ . (٢) سورة العنكبوت ، الآية : ١٤ .

(٣) سورة الحجر ، الآية : ٤٢ .

لأن الطلقة الناقصة تكمل فتصير ثلاثاً ضرورة أن الطلاق لا يتبعض ، (و) إن قال : (أنت طالق طلقتين إلا واحدة يقع واحدة) لصحة استثناء النصف ، (وأنت طالق ثلاثاً إلا واحدة) يقع اثنتان، لأنه استثنى أقل من النصف فيصح، (أو) أنت طالق ثلاثاً (إلا اثنتين إلا واحدة) يقع اثنتان، لأنه استثنى الواحدة مما قبلها ، فيبقى واحدة وهي مستثناة من الثلاث فيصير كقوله : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، (أو) أنت طالق (ثلاثاً إلا واحدة إلا واحدة) يقع اثنتان ، لأن الاستثناء الأول صحيح دون الثاني ، (أو) قال : أنت طالق ثلاثاً (إلا واحدة وإلا احدة) يقع اثنتان لما تقدم ، (أو) قال : أنت طالق (واحدة واثنتين إلا واحدة) يقع اثنتان ، لأنها الباقية بعد المستثنى ، (أو) قال : أنت طالق (أربعاً إلا اثنتين يقع اثنتان) لأنه استثناء للنصف بحسب ما تكلم به ، (و) أنت طالق (ثلاثاً إلا ثلاثا إلا واحدة) يقع ثلاثاً لأنه لما استثنى واحدة من الثلاث بقي بعدها اثنتان استثناهما من الثلاث وهما أكثر من نصفها فلم يصح الاستثناء ، (أو) قال أنت طالق (خمساً) إلا ثلاثاً ، (أو) أنت طالق (أربعاً إلا ثلاثاً) وقعت الثلاث ولم يصح الاستثناء، لأنه أكثر من النصف ، (أو) أنت (طالق وطالق وطالق إلا واحدة أو إلا طلاقاً) يقع ثلاث ، لأن الاستثناء يرجع إلى ما يليه فيكون استثناء لكله فلا يصح ، (أو) أنت طالق (طلقتين وواحدة إلا واحدة) يقع ثلاثاً لما ذكرنا بخلاف ما سبق من قوله : أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحدة فيقع اثنتان ، (أو) أنت طالق (طلقتين ونصفاً إلا طلقة) يقع ثلاث بتكميل النصف ، وإلغاء الاستثناء لرجوعه إلى ما يليه فيكون استثني أكثر من المستثنى منه فلا يصح ، (أو) قال : أنت طالق (اثنتين واثنتين إلا اثنتين) يقع ثلاثاً ويلغى الاستثناء لعوده إلى ما يليه ، (أو) أنت طالق اثنتين واثنتين (إلا واحدة) يقع (ثلاثاً) لأنها الباقية بعد الاستثناء (كعطفه بالفاء ، أو) عطفه (بثم) كقوله : أنت طالق اثنتين فاثنتين إلا اثنتين أو إلا واحدة أو أنت طالق اثنتين ثم اثنتين إلا اثنتين أو إلا واحدة ، فيقع بذلك ثلاث ، لأن الكلام صار جملتين للترتيب الحاصل بالعطف بالفاء أو بثم ، فاستثناء الاثنتين من الاثنتين استثناء للكل واستثناء الواحدة إن عاد للرابعة ، فقد بقي بعدها ثلاث ، وإن عاد إلى الواحدة الباقية من الاثنتين كان استثناء للجميع وهو ممنوع ، (ولو أراد الاستثناء من المجموع في قوله) أنت (طالق وطالق وطالق إلا واحدة دين) أي قبل منه بالإضافة إلى ما بينه وبين الله ، لأن لفظه محتمل ، (وقبل) منه حكماً (فيقع اثنتان) لأنه استثناء لأقل من النصف (والاستثناء يرجع إلى ما تلفظ به) بدليل ما تقدم ، و(لا) يرجع (إلى ما يملكه) خلافاً للقاضي وابن اللحام في قواعده .

(ويشترط فيه) أي الاستثناء (وفي شرط) متأخر كأنت طالق إن دخلت الدار (ونحوه) كالصفة نحو أنت طالق قائمة ، وكذا عطف مغاير كقوله : أنت طالق أو لا (اتصال معتاد لفظاً أو حكماً) لأن الاتصال يحتمل اللفظ جملة واحدة فلا يقع الطلاق قبل تمامها بخلاف غير المتصل ، فإنه لفظ يقتضي رفع ما وقع بالأول والطلاق إذا وقع لا يمكن رفعه ، والاتصال لفظاً أن يأتي به متوالياً وحكماً (كانقطاعه بتنفس ونحوه) كسعال وعطاس . قال الطوخي : فلا يبطله الفصل اليسير ولا ما عرض من سعال ونحوه ولا طول كلام متصل بعضه ببعض .

(و) يشترط أيضاً في استثناء (نية قبل تمام المستثني منه) فقوله : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة لا يعتد بالاستثناء إلا إن نواه قبل تمام قوله : أنت طالق ثلاثاً ، (وقطع به جميع ، و) تصح نيته (بعده) أي بعد تمام المستثنى منه (قبل فراغه) من كلامه بأن يأتي به ناوياً له عند تمامه قبل أن يسكت ، (واختاره) أي اختار القول بصحة نيته بعد تمام المستثنى منه قبل فراغه (الشيخ و) تلميذه ابن القيم في أعلام الموقعين ، وقال الشيخ: دل عليه كلام أحمد ومتقدمي أصحابه ، وقال : (لا يضر فصل يسير باستثناء) قال : وفي القرآن جمل قد فصل بين أبعاضها بكلام آخر ، كقوله تعالى : ﴿ وَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ آمِنُوا ﴾ إلى قوله : ﴿ هدى الله ﴾ [1] فصل بين الكلام والمحكي عن أهل الكتاب ، وكذا حكم شرط مأخر وعطف مغاير ونحوه كما تقدم .

(و) إذا قال : (أنت طالق ثلاثاً واستثنى بقلبه إلا واحدة وقعت الثلاث) لأن العدد نص فيما تناوله ، فلا يرتفع بالنية ، لأن اللفظ أقوى وقع فلو ارتفع بالنية لرجح المرجوح على الراجح ، (وإن قال : نسائي طوالق ، واستثنى واحدة بقلبه لم تطلق) لأنه لا يسقط ، وإنما استعمل العموم في الخصوص ، وذلك شائع بخلاف ما قبلها وما بعدها ، (وإن قال : نسائي الأربع أو الثلاث أو الاثنتين) بالنصب للأربع فما بعده على أنه مفعول لفعل محذوف كأعني طوالق ، واستثنى واحدة بقلبه (منهن) طلقت في الحكم ، أي في الظاهر . قال في الإنصاف : على الصحيح من المذهب ، وقطع به الأكثر ولم تطلق في الباطن . قدمه في الرعايتين والحاوي الصغير . وقيل : تطلق أيضاً وهو الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع . وهو ظاهر ما جزم به الزركشي والخرقي . انتهى . وهذا ظاهر المنتهى ، لأن النص فيما يتناوله ، فلا يرتفع منه شيء بمجرد النية ، لأنها أضعف منه كما تقدم .

---

(١) سورة آل عمران ، الآيات : ٧٢ ، ٧٣ .

(وإن قالت له امرأة من نسائه : طلقني ، فقال : نسائي طوالق ولا نية له) طلقن كلهن ، لأن لفظه يتناولهن ، (أو قالت له) امرأة من نسائه : (طلق نساءك . فقال : نسائي طوالق طلقهن كلهن) لأن اللفظ عام فيها ولم يرد به غير مقتضاه ، فوجب العمل بعمومه كالصورة الأولى .

(فإن أخرج السائلة بنيته) بأن استثناها بقلبه (دين) فيما بينه وبين الله ، لأن لفظه يحتمله (في الصورتين) أي صورة طلقني وصورة طلق نساءك ، (ولم يقبل في الكم فيهما) أي في الصورتين . أما في الصورة الأولى ، فلأن طلاقها جواب سؤالها الطلاق لنفسها ، فلا يصدق في الحكم في صرفه عنه ، لأنه يخالف الظاهر وسبب الحكم ، فلا يجوز إخراجه من العموم بالتخصيص . وأما الثانية ففي المبدع وشرح المنتهى وغيرهما يقبل منه حكماً أنه استثناها بقلبه ، لأن خصوص السبب يقدم على عموم اللفظ ، ولأن السبب يدل على نيته .



باب الطلاق في الماضي والمستقبل

أي تقييد الطلاق بالزمن الماضي والزمن المستقبل (إذا قال : أنت طالق أمس ، أو) أنت طالق (قبل أن أتزوجك ونوى وقوعه إذن) أي حين التكلم (وقع) الطلاق في الحال، لأنه مقر على نفسه بما هو الأغلظ عليه ، (وإلا) أي وإن لم ينو وقوعه إذن بأن أطلق أو نوى إيقاعه في الماضي (لم يقع) الطلاق ، لأنه رفع للاستباحة ، ولا يملك رفعها في الزمن الماضي ، فلم يقع ، كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين فقدم اليوم ، وحكى عن أبي بكر أنه يقع إذا قال : قبل أن أتزوجك ، ولا يقع إذا قال : أنت طالق أمس ، فعلى القول بوقوعه .

(وإن قال : أردت أن زوجاً قبلي طلقها ، أو) قال : أردت أني (طلقتها أنا في نكاح قبل هذا قبل منه إن كان) ذلك (قد وجد) لأن لفظه محتمل له (ما لم تكن قرينة من غضب أو سؤالها الطلاق ونحوه) فلا يقبل منه ذلك ، لأنه خلاف الظاهر ، (فإن مات) بعد قوله : أنت طالق أمس أو قبل أن أتزوجك ، (أو جن أو خرس قبل العلم بمراده لم تطلق) لأن العصمة متيقنة فلا تزال بالشك ، (و) إن قال : (أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم) زيد (قبل مضي) أي الشهر لم تطلق ، لأنه تعليق للطلاق على صفة ممكنة الوجود ، فوجب اعتبارها ، (أو) قدم (معه) أي مع مضي الشهر (لم تطلق) لأنه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه بعد مضي الشهر .

(ويحرم) على من قال لزوجته ذلك (وطؤها من حين عقد الصفة إن كان الطلاق يبتها) لأن كل شهر يأتي محتمل أن يكون شهر وقوع الطلاق فيه . قال أبو العباس : تأملت نصوص الإمام فوجدته يأمر باعتزال الرجل زوجته في كل يمين حلف الرجل عليها بالطلاق وهو لا يدري أبار هو أو حانث حتى يستبين أنه بار ، فإن لم يعلم أنه بار اعتزلها أبداً ، وإن علم أنه بار في وقت وشك في وقت اعتزلها وقت الشك ، ثم ذكر فروعاً من ذلك كما نقله عنه في الاختيارات ، وذكر بعضه في الحاشية ، (ولها) أي للزوجة المقول لها ذلك (النفقة) من حين التعليق (إلى أن يتبين وقوع الطلاق) لأن الأصل بقاء الزوجية وهي محبوسة لأجله ، (وإن قدم) زيد (بعد شهر وجزء يسع وقوع الطلاق تبينا وقوعه فيه) أي وقوع الطلاق في ذلك الجزء عقب التعليق لوجود شرطه ، (و) تبينا (أن وطأه) في الشهر (محرم) إن كان الطلاق بائناً، لأنها أجنبية

منه ، (فإن كان وطيء) بعد التعليق (لزمه المهر) بما نال من فرجها (إن كان الطلاق بائناً) وإن كان رجعياً فلا تحريم ولا مهر ، وحصلت به رجعتها ، (وإن خالعها بعد اليمين) أي التعليق المذكور (بيوم فأكثر) من يوم (كثرة يقع الخلع معها قبل الطلاق بحيث لا تكون) المخلوعة (معها) أي مع الكثرة حين الخلع (بائناً) وقت الخلع ، (وكان الطلاق) المعلق بائناً ثم قدم زيد بعد الشهر بيومين صح الخلع وبطل الطلاق) المعلق ، لأن محل وقوع الطلاق صادفها بائناً بالخلع ، (وإن قدم) زيد (بعد شهر وساعة) من حين التعليق (وقع الطلاق البائن) لوجود شرطه (دون الخلع) فلا يصح، (وترجع بالعوض) لأنا تبينا أنها كانت حينه بائناً بالطلاق ، (وإن كان الطلاق) المعلق (رجعياً صح الخلع قبل وقوع الطلاق وبعده) لأن الرجعية زوجة صح خلعها (ما لم تنقض عدتها) ، فإن انقضت عدتها بانت ولم يصح الخلع إن تبينا وقوعه بعدها . قلت: إن وقع الخلع حيلة لإسقاط يمين الطلاق لم يصح كما تقدم .

(وكذا الحكم لو قال : أنت طالق قبل موتي بشهر ، فإن مات أحدهما قبل مضي شهر أو معه لم يقع الطلاق) وإن مات قبل عقد اليمين بشهر وساعة تبينا وقوع الطلاق في تلك الساعة ، (لكن لا إرث) لمطلقة (بائن) في تلك الصورة (لعدم التهمة) بحرمانها الميراث ، (وإن مات أحدهما) أي أحد الزوجين (بعد عقد الصفة) أي بعد التعليق المذكور (بيومين ، ثم قدم زيد بعد شهر وساعة من حين عقد الصفة ، لم يرث أحدهما الآخر) لعدم التهمة كما تقدم (إلا أن يكون) الطلاق (رجعياً فإنه لا يمنع التوارث ما دامت) الرجعية له (في العدة) لأنها زوجة إذن ، (وإن قدم) زيد (بعد الموت بشهر وساعة ، وقعت الفرقة بالموت) لسبقه وجود الصفة ، (ولم يقع الطلاق) المعلق (وإن قال : إذا مت فأنت طالق قبله بشهر لم يصح) ذلك التعليق، لأنه جعل الموت شرطاً لطلاقها ، وهي تبين فيه ، فلم يتأت ذلك بخلاف أنت طالق قبل موتي بشهر ، فإن لم يجعل موته شرطاً يقع به الطلاق عليها قبل شهر ، وإنما رتبه فوقع على ما رتبه ، (وإن قال : أن طالق قبل موتي) طلقت في الحال : (أو) قال : أنت طالق (قبل موتك) طلقت في الحال ، (أو) قال : أنت طالق (قبل موت زيد) طلقت في الحال (أو قال : أنت طالق قبل قدومه) طلقت في الحال ، (أو) قال : أنت طالق (قبل دخولك الدار طلقت في الحال) لأن ما قبل تلك الأشياء من حين عقده أو الصفة ، فكله محل للطلاق في أوله . قال القاضي : سواء قدم زيد أو لم يقدم بدليل قوله تعالى: ﴿ يَا أيها الذينَ أُوتُوا الكِتَابَ آمِنُوا بما نَزَّلْنَا مُصَدِّقاً لِمَا مَعَكُمْ مِنْ قَبْلِ أنْ نَطْمِسَ

وُجوهاً فنردَّهَا على أدبَارِهَا »[1] ، ولم يوجد الطمس في المأمورين ولو قال لغلامه : اسقني قبل أن أضربك، فسقاه في الحال عد ممتثلاً وإن لم يضربه ، (وإن قال) : أنت طالق (قبيل موتي ، أو قال) : أنت طالق (قبيل قدوم زيد) أو موته ، أو قبيل دخولك الدار ونحوه (لم يقع) الطلاق (في الحال ، ويقع) الطلاق (في الوقت الذي يليه الموت) أو القدوم أو الدخول ، لأن التصغير يقتضي كون الذي يبقى جزء يسير ، وإن (قال) : أنت (طالق قبيل موت زيد وعمرو بشهر) فقال القاضي : تتعلق الصفة بأولهما موتاً وهو المراد بقوله: (وقع بأولهما موتاً) يعني قبله بشهر، لأن اعتباره بالثاني يفضي إلى وقوعه بعد موت الأول ، واعتباره بالأول لا يفضي إلى ذلك فكان أولى ، (وإن قال) : أنت طالق (بعد موتي ، أو) أنت طالق (مع موتي ، أو) أنت طالق (مع موتك لم تطلق) لأن البينونة حصلت بالموت فلم يبق نكاح يزيله الطلاق والموت سبب الحكم بالبينونة فلا يجامعه وقوع الطلاق كما أنه لا يجامع البينونة .

(وإن قال) : أنت طالق (يوم موتي) أو موتك أو موت زيد (طلقت في أوله) أي أول اليوم الذي يموت فيه ، لأن كل جزء من ذلك اليوم يصلح لوقوع الطلاق فيه ولا مقتضى لتأخيره عن أوله ، فوقع في أوله .

قلت : قياس ما قدمته عن الشيخ تقي الدين : أنه يحرم وطؤها في كل يوم من حين التعليق، لأنه كل يوم يحتمل أن يكون يوم الموت ، (ولو قال) لزوجيه (أطولكما حياة طالق فبموت إحداهما يقع الطلاق) بالأخرى (إذن) أي عند موت إحداهما، لأنه بموت إحداهما يعلم أن الباقية أطولهما حياة ، و(لا) يقع الطلاق المعلق بذلك (وقت يمينه) أي حال عقد الصفة كسائر أنواع الطلاق المعلق بصفة كأنت طالق صائمة ، إنما يقع عند وجود الصفة لا حال عقدها ، (وإن تزوج أمة أبيه) بشرطه (ثم) قال (لها : إذا مات أبي فأنت طالق ، أو) قال لها : (إذا اشتريتك فأنت طالق ، فمات أبوه أو اشتراها طلقت) لأن الموت أو الشراء سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه ، (ولو قال) لها : (إذا ملكتك فأنت طالق فمات أبوه واشتراها لم تطلق) لأن الطلاق يقع عقب الملك وقد صادفها مملوكة فلا يقع ، (فإن كانت مدبرة) أي دبرها أبوه ، وقال لها الزوج : إن مات أبي فأنت طالق ، (فـ) مات أبوه (وقع الطلاق) لأن الحرية تمنع ثبوت الملك له فلا ينفسخ نكاحه فيقع طلاقه ، (و) وقع (العتق) لأنه معلق بالموت ومحل وقوع

(١) سورة النساء ، الآية : ٤٧ .

العتق (إن خرجت من الثلث) أو أجاز الورثة ، حيث قلنا : هي تنفيذ ، فإن كان على الأب دين مستغرق تركته لم تعتق ، والأصح أن ذلك لا يمنع نقل التركة إلى الورثة فهو كما لو لم يكن عليه دين في فسخ النكاح على ما اختاره القاضي وقدمه في الكافي والمقنع وجزم به في الوجيز ، (وإن لم تخرج من الثلث) بل بعضها ، (فكذلك) ينفسخ النكاح ولا تطلق على ما اختاره القاضي وقدمه في الكافي والمقنع وجزم به في الوجيز (لملك الابن جزءاً منها ، أو) ملكه (كلها فينفسخ النكاح) فلا يقع الطلاق وعلى ما جزم به المصنف تبعاً لما اختاره القاضي في الجامع والشريف وأبو الخطاب وقدمه في المحرر والفروع وهو رواية في التبصرة تطلق لما تقدم من أن الموت والطلاق سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك ، فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه .

★ ★ ★

(فصل في تعليق الطلاق)[1]

ويستعمل طلاق ونحوه كالعتق والظهار (كما يأتي استعمال القسم) بالله تعالى ، (ويجعل جواب القسم جواباً له في غير المستحيل ، فإذا قال : أنت طالق لأقومن وقام لم تطلق) لأنه حلف قد بَرَّ فيه فلم يحنث كما لو حلف بالله تعالى ، (فإن لم يقم في الوقت الذي عينه حنث) كما لو حلف عليه بالله ، فإن لم يعين وقتاً بلفظ ، ولا نية حنث باليأس ، أي قبل موت أحدهما ، (و) إن قال : (أنت طالق إن أخاك لعاقل وكان أخوها عاقلاً لم يحنث وإن لم يكن أخوها عاقلاً حنث) الزوج (كما لو قال : والله إن أخاك لعاقل وإن شك في عقله لم يقع الطلاق) لأن الأصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك ، (و) إن قال : (أنت طالق لأكلت هذا الرغيف فأكلته حنث) وإلا فلا (وإن) قال : (أنت طالق ما أكلتيه لم يحنث إن كان صادقاً) وإلا حنث (كما لو قال : والله ما أكلته ، و) إن قال : (أنت طالق لولا أبوك لطلقتك وكان صادقاً لم تطلق) وإلا طلقت كما لو حلف عليه بالله ، (ولو قال : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال : أنت طالق لأكرمنك طلقت في الحال) لأنه حلف بطلاقها ، (و) إن قال : (إن حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال : عبدي حر لأقومن طلقت) لوجود الحلف بعتق عبده ، (وإن قال : إن حلفت بطلاق امرأتي فعبدي حر ثم قال : أنت طالق لقد صمت أمس عتق العبد) لأنه قد حلف بطلاق امرأته ، (وإن علق الطلاق على وجود فعل مستحيل عادة) أي في العادة ، (أو) علقه على فعل مستحيل (في نفسه) أي لذاته فمثاله (الأول) أي المعلق على مستحيل عادة (كأنت طالق إن صعدت

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

السماء ، أو) إن (شاء الميت ، أو) إن شاءت (البهيمة ، أو) إن (طرت ، أو) إن (قلبت الحجر ذهباً ، أو إن شربت ماء هذا النهر كله ، أو) إن (حملت الجبل ونحوه) كانت طالق لا صعدت السماء أو لا شاء الميت ، (و) مثال (الثاني) أي المعلق على مستحيل في نفسه (كزن رددت أمس أو جمعت بين الضدين) فأنت طالق ، (أو إن كان الواحد أكثر من اثنين أو إن شربت ماء هذا الكوز ولا ماء فيه) فأنت طالق لم تطلق (كحلفه بالله عليه) لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ، ولأن ما يقصده بتقييده يعلق على المحال . قال تعالى في حق الكفار : ﴿ وَلَا يَدْخُلُونَ الجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الجَمَلُ فِي سَمِّ الخِيَاطِ ﴾ [1] وقال الشاعر :

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وصـــار القار كاللبن الحليب

أي لا آتيهم أبداً ، (وإن علقه) أي الطلاق (على عدمه) أي عدم الفعل المستحيل عادة أو في نفسه (كـ) قوله : (أنت طالق لأشربن ماء الكوز ولا ماء فيه علم) الحالف (أن فيه ماء أو لم يعلم) ذلك طلقت في الحال ، (أو) قال : أنت طالق (إن لم أشربه) أي ماء الكوز ، (و) الحال أنه (لا ماء فيه) طلقت في الحال ، (أو) قال : أنت طالق (لأصعدن السماء أو إن لم أصعدها ، أو) قال : أنت طالق (إذا) طلعت الشمس أو أنت طالق لا (طلعت الشمس ، أو) قال : أنت طالق (لأقتلن فلاناً فإذا هو ميت) طلقت في الحال ، سواء (علمه) ميتاً (أو لا ، أو) قال : أنت طالق (لأطيرن ونحوه) كانت طالق إن لم يشأ فلان الميت (طلقت في الحال) لأنه علق الطلاق على نفي المستحيل وعدمه معلوم في الحال وفي المآل ، فوقع الطلاق (كما لو قال: أنت طالق إن لم أبع عبدي فمات العبد) قبل بيعه ، فإنه يحنث قبيل موته لليأس من فعل المحلوف عليه ، (وعتق وظهار وحرام ونذر ويمين بالله كطلاق) فيما تقدم ذكره (وإن قال) لزوجته : (أنت طالق اليوم إذا جاء غد لم تطلق) في (اليوم ، ولا) في (غد) لعدم تحقق شرطه ، إذ مقتضاه أنت طالق اليوم إذا جاء غد ولا يأتي الغد إلا بعد ذهاب اليوم وذهاب اليوم وذهاب محل الطلاق ، (وأنت طالق ثلاثاً على مذهب السنة والشيعة واليهود والنصارى طلقت ثلاثاً لاستحالة الصيغة ، لأنه لا مذهب لهم) أي للشيعة واليهود والنصارى ، (ولقصده التأكيد فإن) قال : أنت طالق على مذهب السنة والشيعة واليهود والنصارى ، و(لم يقل ثلاثاً فواحدة) لعدم ما يقضي التكرار (إن لم

---

(١) سورة الأعراف ، الآية : ٤٠ .

ينو أكثر ومثله أنت طالق ثلاثاً على سائر المذاهب) فتقع الثلاث وأنت طالق على سائر المذاهب يقع واحدة إن لم ينو أكثر .

★ ★ ★

(فصل في الطلاق في زمن مستقبل)

إذا قال لزوجته : (أنت طالق غداً) طلقت في أوله عند طلوع فجره ، (أو) قال : أنت طالق (يوم السبت) طلقت في أوله ، (أو) قال : أنت طالق (في رجب طلقت بأول ذلك) لأنه جعل ذلك ظرفاً للطلاق ، فإذا وجد ما يكون ظرفاً طلقت ، (كما لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق ، فإذا دخلت أول جزء منها طلقت) وحاصله أنه إذا علق الطلاق بشهر أو وقت عينه وقع في أوله ، (وأما إذا قال : لم أقضك حقك في شهر رمضان فامرأتي طالق لم تطلق حتى يخرج) شهر (رمضان قبل قضائه) لأنه إذا قضاه في آخره لم توجد الصفة ، (وفي الموضعين) أي فيما إذا قال : أنت طالق غداً ونحوه ، وفيما إذا قال : إن لم أقضك حقك شهر رمضان إلخ (لا يمنع من وطء زوجته قبل الحنث) لبقاء الزوجية ، (و) إذا قال : (أنت طالق اليوم ، أو) قال : أنت طالق (في هذا الشهر ، أو) قال : أنت طالق (في) هذا (الحول طلقت في الحال) لأن اليوم والشهر والحول ظرف لإيقاع الطلاق فوجب أن يقع إذن ، (فإن قال : أردت) أن الطلاق إنما يقع (في آخر هذه الأوقات أو في وسط الشهر أو يوم كذا منه أو في النهار دون الليل) أو عكسه (دين وقبل حكماً) لأنه يجوز أن يريد ذلك فلا يلزمه الطلاق في غيره وإرادته لا تخالف ظاهره ، إذ ليس أوله أولى في ذلك من غيره (إلا في قوله) : أنت طالق (غداً أو يوم السبت فلا يدين ولا يقبل حكماً) إذا قال : أردت أحدهما أو وسطهما ونحوه، لأنه مخالف لمقتضى اللفظ ، إذ مقتضاه الوقوع في كل جزء منه ليعم جملته كما لو قال : لله عليّ أن أصوم رجب لزمه صوم جميعه ، ولا يكون واقعاً في جميعه إلا إذا وقع من أوله بخلاف ما لو قال : في غد أو في يوم السبت ، فإن مقتضاه الوقوع في جزء منه وهو صادق في جزء منه وهو صادق بجميع أجزائه ، وكذلك لو قال : لله عليّ أن أصوم في رجب أجزأه يوم منه ، أشار إليه ابن الزيداني في فروعه نقلاً عن أبيه .

(و) إن قال : (أنت طالق في أول رمضان أو في غرته ، أو) قال : أنت طالق (غرته أو في رأسه أو استقباله أو مجيئه طلقت بأول جزء منه ولم يقبل قوله : أردت آخره أو وسطه ونحوه ظاهراً ولا باطناً) لأنه لا يحتمله . وإن قال : أردت بالغرة اليوم

الثاني قبل منه ، لأن الثلاث الأول من الشهر تسمى غرراً ، (وإن قال) : أنت طالق (بانقضاء رمضان ، أو) بـ (انسلاخه ، أو) بـ (نفاده ، أو) بـ (مضيه طلقت في آخر جزء منه) لأن ذلك مؤدي تعليقه ، (وإن قال) : أنت طالق (أول نهار رمضان، أو) قال : أنت طالق (أول يوم منه طلقت بطلوع فجر أول يوم منه) أي من رمضان ، لأنه أول اليوم والنهار ، (و) إن قال : (أنت طالق إذا كان رمضان ، أو) أنت طالق (إلى رمضان ، أو) أنت طالق (إلى هلال رمضان ، أو) أنت طالق (في هلال رمضان طلقت وقت يستهل) رمضان (إلا أن يكون أراد من الساعة إلى الهلال فتطلق في الحال) أي حال التلفظ بذلك ، لأن من لابتداء الغاية ، (وإن قال) : أنت طالق (في مجيىء ثلاثة أيام طلقت في أول اليوم الثالث) إذن ، (و) إن قال : (أنت طالق اليوم أو غداً) طلقت في الحال ، (أو) قال : (أنت طالق غداً أو بعد غد طلقت في أسبق الوقتين) وكذا لو قال : أنت طالق في هذا الشهر أو الآتي ، (و) إن قال : (أنت طالق اليوم وغداً أو بعد غدا أو) قال : أنت طالق (في اليوم وفي غد وفي بعده فواحدة في الأولى) وهي قوله : أنت طالق اليوم وغداً أو بعد غد ، لأنها إذا طلقت اليوم كانت طالقاً غداً وبعد غد (كقوله) : أنت طالق (كل يوم ، و) يقع ثلاث مرات في الثانية (وهي قوله : أنت طالق في اليوم وفي غد وفي بعده فتطلق في كل يوم طلقة) لأن إتيانه بفي وتكراره يدل على تكرار الطلاق ، (كقوله) : أنت طالق (في كل يوم، وإن) قال : (أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم أو أسقط اليوم الأول ، أو) أسقط (اليوم الأخير ولم يطلقها في يومه وقع) الطلاق (في آخر جزء منه) لأن خروج اليوم يفوت به طلاقها ، فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الإمكان كموت أحدهما في اليوم ، لأن معنى يمينه إن فاتني طلاقك اليوم ، فأنت طالق فيه فإذا بقي من اليوم ما لا يتسع لتطليقها فقد فاته طلاقها فوقع حينئذ ، (ويأتي في الباب بعده إذا أسقط اليومين ، و) إن قال : (أنت طالق اليوم إن لم أتزوج عليك اليوم طلقت في آخره) أي اليوم (إن لم يتزوج فيه) لما قدم في التي قبلها ، وكذا أنت طالق اليوم إن لم أشتر لك اليوم ثوباً أو نحوه ، (وإن قال لعبده : إن لم أبعك اليوم فامرأتي طالق فلم يبعه حتى خرج اليوم طلقت) في أخره لما سبق ، (فإن عتق العبد) في اليوم ، (أو مات) أي العبد في اليوم (أو مات الحالف) في اليوم ، (أو) ماتت (المرأة في اليوم طلقت) قبيل ذلك ، لأنه قد فاته بيعه فيه ، (وإن دبره أو كاتبه) أو علق عتقه بصفة لم تطلق قبل خروج اليوم لجواز بيعه ، لأن الكتابة ونحوها لا تمنعه .

قلت : فإن نذر عتقه نذر تبرر ، وقلنا : لا يصح بيع حنث قبيله كما تقدم ، (وإن

وهبه) أي العبد (لإنسان) ولو غير ولده (لم يقع الطلاق) قبل مضي اليوم (لأنه يمكن عوده إليه) في اليوم (فبيعه في اليوم) فلا يتحقق اليأس قبل مضيه ، (وإن قال : إن لم أبع عبدي فامرأتي طالق ولم يقيده باليوم) بلفظه ولا نيته ، (فكاتب العبد لم يقع الطلاق) لأن المكاتب يصح بيعه ، (فإن عتق بالكتابة أو غيرها) بأن أدى ما عليه أو أعتقه ونحوه ، (وقع) الطلاق قبيله ، لأنه فاته بيعه ، (وإن قال لزوجاته الأربع : أيتكن لم أطأها الليلة فصواحباتها طوالق ولم يطأ تلك الليلة واحدة) منهن (طلقن ثلاثاً) ثلاثاً ، (ويأتي في الباب بعده) موضحاً .

★ ★ ★

(فصل في تعليق الطلاق على شيء)[1]

وإن قال : أنت طالق يوم يقدم زيد ، أو قال : أنت طالق (في اليوم الذي يقدم فيه زيد فماتت) في يوم قدومه ، (أو مات الحالف في) يوم قدومه ، (أو ماتا) أي الزوجان (في يوم قدومه أو لم يمت واحد منهما في ذلك اليوم تبين أن طلاقها وقع من أول اليوم) الذي قدم فيه زيد من طلوع فجره كما لو قال : أنت طالق يوم الجمعة ، (و) إن قال : (أنت طالق في شهر رمضان إن قدم زيد فقدم) زيد (فيه) أي في رمضان (طلقت من أوله) أي أول رمضان فيتبين أنها طلقت من غروب الشمس من آخر يوم شعبان قياساً على التي قبلها بخلاف ما لو قال : أنت طالق في شهر رمضان إذا قدم زيد فإنها تطلق عقب قدومه ، (و) إن قال : (أنت طالق في غد إذا قدم زيد ، فماتت قبل قدومه لم تطلق) لأن إذا اسم زمان مستقبل فمعناه : أنت طالق غداً وقت قدومه ، (وإن قدم زيد والزوجان حيان طلقت عقب قدومه) لوجود الصفة ، (و) إن قال : (أنت طالق اليوم غداً طلقت اليوم واحدة) لأن من طلقت اليوم فهي طالق غداً ، (إلا أن يريد أنها طالق اليوم طلقة وطالق غداً طلقة فتطلق اثنتين في اليومين) على حسب ما أراده ، (فإن قال : أردت أنها تطلق في أحد اليومين طلقت في اليوم ولم تطلق غداً) لأنه جعل الزمان كله ظرفاً للطلاق فوقع في أوله ، (وإن أراد نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غداً فثنتان) لأن كل نصف يكمل ضرورة عدم تبعيض الطلاق ، (وإن نوى نصف طلقة اليوم وباقيها غداً طلقت اليوم واحدة) لأنه إذا قال نصفها اليوم كملت فلم يبق لها بقية تقع غداً ، (و) إن قال : (أنت طالق إلى شهر ، أو) أنت طالق (إلي حول تطلق بمضيه) روى عن ابن عباس وأبي ذر ، ولأنه جعل ذلك غاية للطلاق ولا غاية لآخره ، فوجب أن يجعل غاية لأوله ، ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتاً لإيقاعه كقول الرجل : أنا خارج إلى سنة أي بعد سنة ، فلم يقع الطلاق بالشك إلا أن ينوي طلاقها في الحال

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

فتطلق في الحال عملاً بنيته ، (كـ) قوله : (أنت طالق إلى مكة ولم ينو بلوغها إلى مكة) فيقع في الحال ، وكذا أنت طالق بعد مكة وتقدم ، (و) إن قال : (أنت طالق من اليوم إلى سنة طلقت في الحال ، فإن قال : أردت أن عقد الصفة من اليوم ، و) إن (وقوعه بعد سنة لم يقع) الطلاق (إلا بعدها) أي السنة عملاً بنيته واللفظ يحتمله ، (وإن قال : أردت تكرير طلاقها من حين وتلفظت إلى سنة طلقت في الحال ثلاثاً إن كانت مدخولاً بها) وإلا بانت بالأولى ولم يلحقها ما بعدها ، (و) إن قال : (أنت طالق في آخر الشهر تطلق في آخر جزء منه) أي الشهر ، لأنه آخره ، (وقيل) : تطلق (بآخر فجر اليوم) منه (اختاره الأكثر) قاله في المبدع ، وقطع به في المقنع وغيره، لأن آخر الشهر آخر يوم منه ، وإذا علق الطلاق على وقت تعلق بأوله ، (و) إن قال : أنت طالق (في أول آخره تطلق بطلوع فجر آخر يوم منه) لأن آخر الشهر اليوم وأوله طلوع الفجر ، (ويحرم وطؤه في تاسع عشرين) لاحتمال أن يكون آخر الشهر ، (ذكره ابن الجوزي) في المذهب ، (والمراد : إن كان الطلاق بائناً) بخلاف الرجعى ، فيجوز وطؤها فيه .

(و) إن قال : أنت طالق في آخر أوله تطلق في آخر أول يوم منه ، قاله في المقنع. قال في المبدع على المذهب . قال في الإنصاف : هذا أحد الوجوه . قال ابن منجا في شرحه هذا المذهب ، قال في المغني والشرح : هذا أصح ، وقدمه في الهداية والمستوعب والرعايتين والحاوي الصغير ، وجزم به في الوجيز . وقيل : تطلق بطلوع فجر أول يوم منه ، وهذا المذهب قال في الفروع : طلقت بطلوع فجر أول يوم منه في الأصح جزم به في النور وقدمه في المحرر ، وقال أبو بكر : يعني في المسألتين تطلق بغروب شمس الخامس عشر منه . انتهى . لأن نصف الشهر فما دون يسمى أوله ، فإذا شرع في النصف الثاني صدق أنه آخره فيجب أن يتحقق الحنث ، لأنه أول آخره وآخر أوله .

(و) إن قال : (إذا مضى يوم فأنت طالق ، فإن كان) القول المذكور (نهاراً وقع) الطلاق (إذا عاد النهار إلى مثل وقته) الذي تلفظ فيه من أمس ذلك النهار ليكمل اليوم، (وإن كان) قوله ذلك (ليلاً ، فـ) إنها تطلق (بغروب شمس الغد) أي غد تلك الليلة ليتحقق مضي يوم ، (و) إن قال : (إذا مضت سنة فأنت طالق طلقت إذا مضى اثني عشر شهراً بالأهلة ، ويكمل الشهر الذي حلف في أثنائه بالعدد) أي ثلاثين يوماً ، حيث كان الحلف في أثناء شهر ، فإذا مضى أحد عشر شهراً بالأهلة أضاف إلى ما مضى من الشهر الأول قبل حلفه تتمة الثلاثين يوماً ، وإن اعتبرت الأهلة حيث أمكن اعتبارها ، لأنها المواقيت التي جعلت للناس بالنص .

(وإن قال : إذا مضت السنة) فأنت طالق ، (أو) قال : إذا مضت (هذه السنة فأنت طالق طلقت بانسلاخ ذي الحجة) لأنها لما ذكرها بلام التعريف انصرف إلى السنة المعروفة وهي التي آخرها ذو الحجة ، (فإن قال : أردت بالسنة اثني عشر شهراً دين وقبل) منه حكماً، لأن لفظه يحتمله ، (و) إن قال : (أنت طالق في كل سنة طلقة طلقت الأولى في الحال) لأنه جعل السنة ظرفاً للطلاق فيقع إذن ، (و) تطلق (الثانية في أول المحرم) لأن السنة الثانية ظرف للطلقة فتطلق في أولها ، (وكذا الثالثة إن بقيت الزوجة في عصمته) بأن استمرت الزوجة في عدتها أو ارتجعها في عدة الطلاق أو جدد نكاحها بعد أن بانت ، (وإن بانت حتى مضت السنة الثالثة ثم تزوجها لم يقع) الطلاق ، (ولو نكحها في) السنة (الثانية) وقعت الطلقة عقب نكاحه ، (أو) نكحها في السنة (الثالثة وقعت الطلقة عقبه) لأنه جزء من السنة التي جعلها ظرفاً للطلاق ومحلاً له ، وكان سبيله أن يقع أولها فمنع منه كونها غير محل للطلاق لعدم نكاحه حينئذ ، فإذا عادت الزوجة وقع في أولها ، (فإن قال : أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل حكماً) لأن لفظه يحتمله .

(وإن قال : أردت أن يكون أول السنين المنحرم دين) لأنه محتمل ، (ولم يقبل في الحكم، لأنه خلاف الظاهر، (و) إن قال: (أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم نهاراً مختاراً حنث) لوجود الصفة (علم القادم باليمين أو جهلها) أي اليمين ، (وسواء كان القادم ممن لا يمتنع بيمينه كالسلطان والحاج والأجنبي ، أو) كان (ممن يمتنع باليمين من القدوم كقرابة لهما أو لأحدهما أو غلام لأحدهما) أي أحد الزوجين ، (وإن قدم) زيد (ليلاً طلقت إن نوى به) أي اليوم (الوقت أو لم ينو شيئاً) لأن اليوم يطلق بمعنى الوقت . قال تعالى : ﴿ وآتو حقه يومَ حصَاده ﴾ (١) ، وقال : ﴿ ومن يولّهم يومَئذٍ دبُرَه ﴾ (٢) .

(وإن قدم) زيد (نهاراً طلقت في أوله) أي من طلوع فجر يوم قدومه وتقدم ، (وإن قدم به) أي بزيد (ميتاً أو مكرهاً لم تطلق) لأنه لم يقدم وإما قدم به ، (ومع النية) بأن يكون الحالف مثلاً أراد بقدومه انتهاء سفره (بحمل الكلام عليها) أي على النية فيقع في المثال المذكور ، (وإن قال) لزوجته أو غيرها : (إن تركت هذا الصبي يخرج فأنت طالق فانفلت الصبي بغير اختيارها فخرج) أي الصبي ، (فإن كان) الحالف (نوى أن لا يخرج) الصبي بخروجه ، (وإن نوي أن لا تدعه) أي تتركه (لم يحنث نصاً) لأنها لم تتركه ، (وإن لم تعلم نيته) أي الحالف (انصرفت يمينه إلى فعلها فلا يحنث

---

(١) سورة الأنعام ، الآية : ١٤١ . (٢) سورة الأنفال ، الآية : ١٦ .

إلا إذا خرج) الصبي (بتفريطها في حفظه ، أو) خرج (باختيارها) لأن ذلك مقتضى لفظه ، فلا يعدل عنه إلا لمعارض ولم يتحقق ، لكن إن كان لليمين سبب هيجها حملت عليه كما يأتي في باب جامع الأيمان .

« **فائدة** » : قال في بدائع الفوائد :

ما يقـول الفقيـه أيـده الله وما زال عنده إحســـان
في فتى علق الطلاق بشهر قبل ما قبله رمضان

في هذا البيت ثمانية أوجه : أحدها هذا ، والثاني قبل ما قبل بعده ، والثالث قبل ما بعده بعده ، والرابع قبل ما قبل قبله ، فهذه أوجه أربعة متقابلة ، الخامس قبل ما بعد قبله ، والسادس بعد ما قبل بعده ، والسابع بعد ما بعد قبله ، والثامن بعد ما بعد بعده، وتلخيصها أنك إن قدمت لفظة بعد جاء أربعة أحدها إن كلها بعد الثاني بعد أن وقبل الثالث قبلان وبعد الرابع بعد أن بينهما قبل ، وإن قدمت لفظة قبل فكذلك ، وضابط الجواب عن الأقسام أنه إذا اتفقت الألفاظ ، فإن كانت قبل وقع الطلاق في الشهر الذي يقدمه رمضان بثلاثة شهور، فهو ذو الحجة، فكأنه قال : أنت طالق في ذي الحجة ، لأن المعنى أنت طالق في شهر رمضان قبل قبل قبله ، فلو كان رمضان قبله طلقت في شوال، ولو قال : قبل قبله طلقت في ذي القعدة ، وإن كانت الألفاظ كلها بعد طلقت في جمادي الآخرة ، لأن المعنى أنت طالق في شهر يكون رمضان بعد بعد بعده ، ولو قال: رمضان بعده طلقت في شعبان ، ولو قال : بعد بعده طلقت في رجب ، وإن اختلفت الألفاظ وهي ست مسائل فضابطها أن كل ما اجتمع فيه قبل وبعد فألغهما نحو قبل بعده وبعد قبله ، واعتبر الثالث ، فإذا قال : قبل ما بعده بعد أو بعد ما قبل قبله فألغ اللفظين الأولين يصير كأنه قال : أو لا بعده رمضان ، فيكون شعبان ، وفي الثاني كأنه قال قبله رمضان فيكون شوالاً ، وإن توسطت لفظة بين متضادين نحو قبل بعد قبله أو بعد قبل بعده فألغ اللفظتين الأوليين ويكون شوالاً في الصورة الأولى كأنه قال في شهر قبله رمضان ، وشعبان في الثانية كأنه قال بعده رمضان ، وإن قال بعد بعد قبله أو قبل قبل بعده وهما تمام الثمانية طلقت في الأولى في شعبان كأنه قال بعده رمضان ، وفي الثانية في شوال كأنه قال قبله رمضان .



باب تعليق الطلاق بالشروط

قال في الاختيارات : تعليق الطلاق على شرط هو : إيقاع عند ذلك الشرط كما لو تكلم به عند الشرط ، ولهذا قال بعض الفقهاء : إن التعليق يصير إيقاعاً في ثاني الحال، وقال بعضهم : إنه متهيء ، لأن يصير إيقاعاً .

(وهي) أي الشروط بمعنى التعاليق ، إذ الشرط يطلق على التعليق وعلى الأداة وعلى المعلق عليه ، ففي كلامه استخدام لم يطابق المبتدأ والخبر ، لعموم الخبر ، وفي بعض النسخ وهو أي التعليق وهي أظهر (ترتيب شيء غير حاصل) حين الترتيب وهو الطلاق والعتق ونحوه (على شيء حاصل أو غير حاصل بإن) بكسر الهمزة وسكون النون ، (أو إحدى أخواتها) من أدوات الشرط الجازمة وغيرها نحو إن قام زيد فامرأته طالق أو عبده حر ونحوه ، أو إن كان قائماً فامرأته طالق أو عبده حر ونحوه .

(ويصح) التعليق مع تقدم الشرط كإن دخلت الدار فأنت طالق ، ويصح أيضاً مع (تأخره) أي الشرط كأنت طالق إن دخلت الدار بشرط اتصاله ونيته قبل تمام أنت طالق ، وتقدم في الاستثناء (كتأخر) جواب (القسم في قوله : أنت طالق لأفعلن) فإنه يصح فإن فعل بر ، وإلا حنث بفوات ما عينه بلفظه أو نيته وإلا فباليأس ، (ويصح) التعليق (بصريحه) كما تقدم ، (و) يصح أيضاً (بكنايته) أي الطلاق (مع قصده) أي قصد الطلاق نحو أنت خلية إن لم تدخلي الدار إذا نوى بها الطلاق ، وعلى ما تقدم أو وجدت قرينة من غضب أو سؤال طلاق ، (ومن صح تنجيزه) للطلاق (صح تعليقه) له على شرط لأداء التعليق مع وجود الصفة تطليق ، فإذا علق الطلاق على شرط وقع عند وجوده أي إذا استمرت الزوجية ، (وإن فصل بين الشرط وحكمه) أي جوابه (بكلام منتظم كأنت طالق يا زانية إن قمت لم يضر) ذلك الفصل ، لأنه لا يعد فصلاً عرفاً ، (ويقطعه) أي التعليق (سكوته وتسبيحه ونحوه) مما لا يكون الكلام معه متصلاً (كأنت طالق استغفر الله إن قمت ، أو) أنت طالق (سبحان الله إن قمت) فيقع الطلاق منجزاً ، (وأنت طالق مريضة رفعاً ونصباً) أي برفع مريضة أو نصبها (يقع) الطلاق فيها (بمرضها) لوصفها بالمرض عند الوقوع أشبه الشرط ، فكأنه قال : أنت طالق إذا مرضت وانتصاب مريضة على الحال وارتفاعها مبتدأ محذوف والجملة حال ، (وتعم من وأي المضافة إلى الشخص) أي يعم (ضميرها) سواء كان (فاعلاً أو مفعولاً) فالأول

نحو من دخلت الدار فهي طالق أو أيتكن دخلت الدار فهي طالق، والثاني نحو من أقمتها منكن فهي طالق أو أيتكن أقمتها فهي طالق ، (ولا يصح) تعليق الطلاق (إلا من زوج) ولو مميزاً يعقله لما تقدم وكالمنجز ، (فلو قال : إن تزوجت فلانة) فهي طالق لم تطلق إن تزوجها ، (أو) قال : (إن تزوجت امرأة فهي طالق لم تطلق إن تزوجها ، ولو كانت التي) عينها (عتيقته) بأن قال : إن تزوجت عتيقتي فلانة فهي طالق فلا تطلق إذا تزوجها لقوله ﷺ : « لا طَلَاقَ ولا عِتَاقَ لابنِ آدَم فيما لا يَمْلكُ » [1] رواه أحمد وأبو داود والترمذي، بإسناد جيد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . قال الترمذي : هو حديث حسن وهو أحسن شيء في الباب ، ورواه الدارقطني وغيره من حديث عائشة وزاد : وإن عينها ، وعن المسور مرفوعاً قال : « لا طَلَاقَ قَبْلَ نِكَاحٍ ولا عِتْقَ قَبْلَ مِلْكٍ » [2] رواه ابن ماجة بإسناد حسن . قال أحمد : هذا النبي ﷺ وعدة من أصحابه ، و(كحلفه لا أفعل كذا فلم يبق له زوجة ثم تزوج أخرى) أي غير التي كانت حين الحلف ، (وفعل ذلك) الفعل الذي حلف لا يفعله لم تطلق التي تزوجها لما تقدم بخلاف ما لو حلف على شيء لا يفعله ثم أبان زوجته ثم عقد عليها فتعود الصفة ويحنث إذا فعله وتقدم في الخلع .

(وإن قال لأجنبية : أنت طالق إن قمت فتزوجها ثم قامت لم تطلق) قال في شرح المقنع : بغير خلاف نعلمه ، (وإن علق زوج طلاقاً بشرط لم تطلق قبل وجوده) أي الشرط، لأنه زوال ملك بني علي التغليب والسراية أشبه العتق ، (وليس له) أي المعلق طلاقاً بشرط (إبطاله) أي التعليق ، لأن إبطاله رفع له وما وقع لا يرتفع ، (فإذا وجدت) الصفة المعلق عليها الطلاق وهي المعبر عنها بالشرط (طلقت) لوجود الصفة وإن لم توجد لم تطلق ، (فإن مات أحدهما قبل وجود الشرط) سقطت اليمين ، (أو

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٢/ ١٩٠ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الطلاق ، باب في الطلاق قبل النكاح ، الحديث (٢١٩٠) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤٨٦/٣ ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح ، الحديث (١١٨١) ، وأخرجه النسائي في المجتبي من السنن : ١٢/٧ ، كتاب الأيمان والنذور ، باب اليمين فيما لا يملك ، وأخرج قطعة منه ابن ماجة في السنن : ١/ ٦٦٠ ، كتاب الطلاق ، باب لا طلاق قبل النكاح ، الحديث (٢٠٤٧) ، وأخرج قطعة منه الحاكم في المستدرك : ٢/ ٢٠٤ - ٢٠٥ ، كتاب الطلاق ، باب لا طلاق لمن لم يملك .

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجة في المصدر السابق برقم (٢٠٤٨) ، وفي الزوائد هذا إسناد حسن غير أن عليّ بن الحسين بن واقد وكذلك هشام بن سعد مختلف فيهما ، وله شاهد رواه ابن حبان في صحيحه ، والحاكم في المستدرك من حديث جابر بن عبد الله .

استحال وجوده) أي الشرط كأن قال : أنت طالق إن قتلت زيداً فمات (سقطت اليمين) ولا حنث لعدم وجود الصفة ، (وإن قال) بعد تعليقه الطلاق بشرط : (عجلت ما علقته) لم يتعجل ، (أو) قال : (أوقعت) أي وقعت ما علقته (لم يتعجل) لأنه حكم شرعي فلم يملك تغييره ، (وإن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة) المعلقة (وقع) بها طلقة ، فإذا (جاء) أي وجد (الزمن الذي علق الطلاق به وهي زوجته) أو في عدة رجعي (وقع بها الطلاق المعلق) لوجود شرطه ، (وإن قال) : من علق الطلاق بشرط (سبق لساني بالشرط ولم أرده) أي الشرط بمعنى التعليق (وقع) الطلاق (في الحال) لأنه أقر على نفسه بما هو أغلظ من غير تهمة وهو يملك إيقاعه في الحال فلزمه ، (وإن قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت إن قمت دين) لأنه أعلم بنيته (ولم يقبل) منه ذلك (في الحكم) لأنه خلاف الظاهر .



(فصل في أدوات الشرط)(1)

وأدوات الشرط ، أي الألفاظ الي يؤدي بها معنى الشرط أسماء كانت أو حروفاً (المستعملة في طلاق وعتق غالباً ست) إن بكسر الهمزة وسكون النون ، (وإذا ومتى ومن) بفتح الميم وسكون النون ، (وأي) بفتح الهمزة وبتشديد الياء ، (وكلما وهي) أي كلما (وحدها للتكرار) لأنها تعم الأوقات ، فهي بمعنى كل وقت ، فإذا قلت : كلما قمت قمت فهو بمعنى كل وقت تقوم فيه أقوم فيه ، فلذلك وجب فيها التكرار بخلاف متى ، فإنها اسم زمان بمعنى أي وقت وبمعنى إذا فلا تقتضي ما لا يقتضيانه ، وكونها تستعمل للتكرار في الأحيان لا يمنع استعمالها في غيره مثل إذا وأي وقت فإنهما يستعملان في الأمرين . قال تعالى : ﴿ وإذَا رأيْتَ الذينَ يخُوضُونَ فِي آيَاتِنَا فأعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ (2) ، ﴿ وَإذا جَاءَكَ الذينَ يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِنَا فَقُلْ سَلامٌ عَلَيْكُم ﴾ (3) ، ﴿ وإذا لَمْ تأتِهِمْ بآيَةٍ قَالُوا لَوْلا اجْتَبَيْتَهَا ﴾ (4) ، وكذلك أي وقت وأي زمان فإنهما يستعملان للتكرار وسائر الحروف يجازي بها إلا أنها لما كانت تستعمل في طلاق وعتق كحيثما ومهما ولو وما أشبهها من أدوات الشرط لكن لم يغلب استعمالها فيهما .

(وكلها) أي كل الأدوات المذكورة ، وهي إن وإذا ومتى ومن وأي وكلما ، (ومهما ولو على التراخي إذا تجردت عن لم أو نية فوراً أو قرينة) لأنها لا تقتضي وقتاً بعينه دون

---

(1) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

(2) سورة الأنعام، الآية : ٦٨ . (3) سورة الأنعام، الآية : ٥٤ . (4) سورة الأعراف، الآية : ٢٠٣.

غيره فهي مطلقة في الزمان كله ، (فأما إذا نوى الفورية أو كانت هناك قرينة تدل عليها) أي على الفورية (فإنه) أي المعلق من طلاق أو عتق أو نحوه (يقع في الحال ولو تجردت) الأداة (عن لم) حملا على النية أو القرينة ، (فإذا اتصلت) هذه الأدوات (ثم صارت على الفور) لأن متى وأياً وإذا وكلما تعم الزمان كله ، فأي زمن وجدت الصفة فيه وجب الحكم بوقوع الطلاق ولا بد أن يلحظ في أي كونها مضافة إلى زمن ، فإن أضيفت إلى شخص كان حكمها حكم من، قال في المبدع : وظاهره أن من للفور يعني مع لم ، وصرح به في المغني ، وفيه نظر ، فإن من لا دلالة لها على الزمان إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا في زمان ، فهي بمنزلة إن . انتهى . وهو معنى كلام الشارح قال : وأما كلما فدلالتها على الزمن أقوى من دلالة أي ومتى ، فإذا صارتا للفور عند اتصالهما بلم فلان تصير كلما كذلك بطريق الأولى (إلا أن فقط) فإنها للتراخي (نفياً وإثباتاً مع عدم نية) فور (أو قرينة فور) لأن حرف إن موضوع للشرط لا يقتضي زمناً ولا يدل عليه إلا من حيث أن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان فلا يتعلق بزمان معين ، فإن كانت نية فور أو قرينته كانت للفور ، (وسواء أضيفت إلى وقت أو) أضيفت (إلى الشخص) كقوله : أي وقت لم تقومي أو أيتكن لم تقم فهي طالق ، (أو من إذا اتصلت بها لم) فإنها تكون للفور ، (فإذا قال : إن) قمت فأنت طالق ، (أو) قال: (إذا) قمت فأنت طالق ، (أو) قال : (متى) قمت فأنت طالق ، (أو) قال : (أي وقت) قمت فأنت طالق ، (أو) قال : (كلما قمت فأنت طالق ، أو) قال : (من) قامت فهي طالق ، (أو) قال : (أيتكن قامت فهي طالق ، أو) قال : (أنت طالق لو قمت فمتى قامت طلقت) لأنه وجود الشرط يستلزم وجود الجزاء وعدمه إلا أن يعارض معارض ، (ولو قام الأربع في مسئلة من قامت) فهي طالق ، (أو) قام الأربع في مسئلة (أيتكن قامت) فهي طالق (طلقن كلهن ، وكذلك إن قال من أقمتها) فهي طالق ، (أو) قال : (أيتكن أقمتها) فهي طالق (ثم أقامهن طلقن كلهن) لما تقدم من أن من وأي المضافة إلى الشخص يقتضيان عموم ضميرهما فاعلاً أو مفعولاً ، (وعلى قياسه لو قال : أي عبدي ضربته) فهو حر (أو) قال : (من ضربته من عبيدي فهو حر وضربهم عتقوا) كلهم (كما لو قال : أي عبيدي ضربك) فهو حر ، (أو من ضربك من عبيدي فهو حر فضربوه كلهم عتقوا) كلهم لما تقدم ، (وإن تكرر القيام لم يتكرر الطلاق) لأنها لا تقتضي تكراراً (إلا في كلما) فإذا قال : كلما قمت فأنت طالق وقام مرتين وقع طلقتان وثلاثاً طلقت، لأنها تقتضي التكرار كما تقدم ، (وإن قال: كلما أكلت رمانة فأنت طالق ، وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة أي جميع

حبها) دون قشرها ونحوه للعرف (طلقت ثلاثاً) لوجود وصف النصف مرتين والجميع مرة ، لأن كلما تقتضي التكرار ، (ولو جعل مكان كلما أداة غيرها) من أدوات الشرط كأن أو إذا أو متى أو مهما وأكلت رمانة (فثنتان) بصفة النصف مرة وبصفة الجميع مرة ولا تطلق بالنصف الآخر ، لأنها لا تقتضي التكرار ، واختار الشيخ تقي الدين : تطلق واحدة .

(فإن نوى بقوله : نصف رمانة نصفاً منفرداً عن الرمانة المشروطة ، وكانت مع الكلام قرينة تقتضي ذلك لم يحنث حتى ينوي بأكل ما نوى تعليق الطلاق به) فإن أكلت رمانة طلقت واحدة ، وإن أكلت نصفاً آخر طلقت أخرى ، فإن أكلت نصفاً آخر طلقت ثلاثة إن كانت الأداة كلما فقط ، (وإن علق طلاقها على صفات ثلاثة فاجتمعن) أي الصفات (في عين واحدة مثل أن يقول : إن رأيت رجلاً فأنت طالق ، وإن رأيت أسود فأنت طالق ، وإن رأيت فقيهاً فأنت طالق ، فرأت رجلاً أسود فقيهاً طلقت ثلاثاً) لوجود الصفات الثلاث (كما لو رأت ثلاثة رجال فيهم الصفات الثلاث ، وإذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً) يطلقها فيه (ولم تقم قرينة بفور ولم يطلقها لم تطلق إلا في آخر جزء من حياة أحدهما) إذا أبقى من حياة الميت لما يتسع لإيقاعه ، لأنه علقه على ترك طلاقها ، فإذا مات أو ماتت فقد وجد الترك ولم يقع قبل ذلك ، لأن إن ولو مع لم للتراخي فكان له تأخيره ما دام وقت الإمكان ، فإذا ضاق عن الفعل تعين . (فإن نوى وقتاً) تعلق به (أو قامت قرينة بفور تعلق به) فتطلق بفواته ، (فإن كان المعلق طلاقاً بائناً) ووقع في آخر جزء من حياة أحدهما (لم يرثها إذا ماتت) كما لو أبانها عند موتها (وترثه هي نصاً) إن مات هو (لأنه يقع بها الطلاق في) آخر (حياته فهو كالطلاق في مرض موته) فهو متهم بقصد حرمانها ، (ولا يمنع) إذا علق طلاقها كذلك ، وقلنا : يحنث عند موت أحدهما (من وطئها قبل فعل ما حلف عليه) أي قبل الحنث ، لأنها زوجته ، وإن عزم على الترك ، (وإن قال : لم أطلق عمرة فحفصة طالق) ولم ينو وقتاً ولم تقم قرينة فوراً ، (فأي الثلاثة) وهو الزوج وحفصة وعمرة (مات أولاً وقع الطلاق قبل موته) أي إذا بقي من حياته ما لا يتسع له ، لأنه إن كان هو الميت فقد فات الطلاق بموته ، وإن كان المحلوف عليها فقد فات طلاقها فتطلق ضرتها وإن كانت الضرة فقد فات الطلاق الذي ينحل به يمينه وهو طلاق المحلوف عليها ، (وكذا لو قال : إن لم أعتق عبدي) فامرأتي طالق ، (أو) قال : (إن لم أضربه) أي العبد (فامرأتي طالق وقع بها الطلاق في آخر جزء من حياة أولهم) أي الحالف والعبد والزوجة (لما تقدم ، (وهذا مع الإطلاق) فإن نوى وقتاً أو قامت قرينة بفور تعلق به

وتقدم ، (وإن حلف ليفعلن شيئاً) كليدخلن الدار أو ليقومن ، (ولم يعين له وقتاً بلفظه ولا نيته فهو على التراخي أيضاً) فلا يحنث إلا عند اليأس من فعله ، (وإن قال: من لم أطلقها) فهي طالق ، (أو) قال : (أي وقت) لم أطلقك فأنت طالق ، (أو) قال : (متى لم) أطلقك فأنت طالق ، (أو) قال : (إذا لم أطلقك فأنت طالق فمضى زمن يمكن طلاقها فيه طلقت) لأنها للفور لما تقدم (واحدة) لأن هذه الأدوات لا تقتضي التكرار كما تقدم ، (و) تطلق (في كلما) لم أطلقك فأنت طالق (ثلاثاً) إذا مضى زمن يسعها مرتبة ، لأنها للتكرار (إن كانت مدخولاً بها وإلا) أي وإن تكن مدخولاً بها (فواحدة بائنة) ولا يلحقها ما بعدها ، لأن البائن لا يلحقها طلاق .



(فصل في تعليق الطلاق على شرط)[1]

وإن قال العامي : أن دخلت الدار فأنت طالق بفتح الهمزة وسكون النون (فهو شرط) أي تعليق فلا تطلق حتى تدخلها (كنيته) أي كما لو نوى بهذا الكلام الشرط ، وإن كان نحوياً ، لأن العامي لا يريد بذلك إلا الشرط ولا يعرف أن مقتضاها التعليل ولا يريده فلا يثبت له حكم ما لا يعرفه ولا يريد كما لو نطق بكلمة الطلاق أعجمي لا يعرف معناها ، (وإن قاله) أي قال : أنت طالق أن دخلت الدار بفتح الهمزة (عارف بمقتضاها وهو التعليل طلقت في الحال إن كان) الدخول (وجد) لأن المفتوحة في اللغة إنما هي للتعليل فمعناه أنت طالق لأنك أدخلت أو لدخولك . قال تعالى : ﴿ يُخْرِجون الرسُولَ وإياكُمْ أنْ تؤمِنُوا باللهِ ربكُمْ ﴾ [2] ، وقال : ﴿ يَمنُّونَ عَلَيْكَ أَن أَسْلَمُوا ﴾ [3] ، وقال : ﴿ وَتَخِرُّ الجِبَالُ هَدّاً أَنْ دَعَوْا لِلرَّحْمَنِ وَلَداً ﴾ [4] (فلا تطلق إذا لم تكن دخلت) الدار (قبل ذلك، لأنه إنما طلقها لعلة فلا يثبت الطلاق بدونها) هذا قول ابن أبي موسى ومن تابعه ، ولا فرق عند الشيخ تقي الدين بين أن يطلقها لعلة مذكورة في اللفظ أو غير مذكورة ، فإذا تبين انتفاؤها لم يقع الطلاق . وقال في أعلام الموقعين : وهذا هو الذي لا يليق بالمذهب غيره ولا تقتضي قواعد الأئمة غيره ، فإذا قيل له : امرأتك قد شربت مع فلان وبات عنده ، فقال : اشهدوا على أنها طالق ثلاثاً ثم علم أنها كانت تلك الليلة في بيتها قائمة تصلي ، فإن هذا الطلاق لا يقع قطعاً وأطال فيه ، (ولذلك أفتى ابن عقيل في فنونه فيمن قيل له : زنت زوجتك ؟ فقال : هي طالق ثم تبين أنها لم تزن أنها لا

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ . (٢) سورة الممتحنة ، الآية : ١٠ .
(٢) سورة الحجرات ، الآية : ١٧ . (٤) سورة مريم ، الآية : ٩٠ - ٩١

تطلق وجعل السبب) الذي لأجله أوقع الطلاق (كالشرط اللفظي وأولى) قال في الاختيارات : وهو قول عطاء بن أبي رباح وأطال فيه . وقال القاضي : تطلق مطلقاً ، سواء كانت دخلت أو لم تدخل . وهو ظاهر المنتهي . ويؤيده نص أحمد في رواية المروذي في رجل قال لامرأته : إن خرجت فأنت طالق فاستعارت امرأة ثيابها فلبستها فرآها زوجها حين خرجت من الباب فقال : قد فعلت أنت طالق . قال : يقع طلاقه على امرأته فنص على وقوع طلاق على امرأته مع أنه وإن قصد إنشاء الطلاق ، فإنما أوقعه عليها لخروجها الذي منعها منه ولم يوجد . أشار إليه ابن نصر الله في حواشي القواعد الفقهية .

(وإن قال : أنت طالق إذا دخلت الدار) طلقت في الحال ، لأن معناه التعليل لا التعليق ، (أو) قال : أنت طالق ، (ولو دخلت الدار طلقت في الحال) لأن معناه دخلت أو لم تدخلي ، (وإن قال : إن قمت وأنت طالق طلقت في الحال) لأن الواو ليست جواباً للشرط ، (فإن نوى) به (الجزاء) قبل حكماً (أو أراد أن يجعل قيامها وطلاقها شرطين لشيء) كعتق أو ظهار ، (ثم أمسك قبل حكماً) لأنه محتمل وهو أعلم بمراده من غيره ، (وكذا الحكم لو قال : أردت إقامة الواو مقام الفاء) فإنه يقبل منه ، (وإن قال : إن دخلت الدار وأنت طالق فعبدي حر صح) التعليق ، (ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهي طالق) لأن جملة وأنت طالق حال من فاعل دخلت والحال قيد في عاملها ، (وإن أسقط الفاء من جزاء متأخر فشرط كأن دخلت الدار أنت طالق فلا تطلق حتى تدخل) الدار، لأنه أتي بحرف الشرط، فدل على إرادة التعليق وإنما حذف الفاء على التقديم والتأخير ، فكأنه قال : أنت طالق إن دخلت الدار ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة وتصحيحه وجب ، (فإن قال : أردت الإيقاع في الحال وقع) لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ فيؤاخذ به ، (و) إن قال : (أنت طالق إن دخلت الدار وقع) الطلاق (في الحال) لما تقدم فيما لو قال : أنت طالق ولو دخلت الدار ، (وإن قال : أردت الشرط دين) لأنه أدرى بنيته (ولم يقبل في الحكم) لأنه خلاف الظاهر ، (و) إن قال : (إن دخلت الدار فأنت طالق وإن دخلت الأخرى فمتى دخلت الأولى طلقت) لوجود الشرط (سواء دخلت الأخرى أو لم تدخل) لأنه لم يجعله شرطاً لطلاقها ، (ولا تطلق الأخرى) بدخولها دخات أو لم تدخل لعدم تعليق طلاقها، (وإن قال : أردت جعل الثاني) أي دخولها الأخرى (شرط لطلاقها) أي الأولى أيضاً (طلقت) الأولى (بـ) دخول (كل واحدة منهما) طلقة لوجود الشرط ، (وإن قال : أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق الثانية فهو على ما أراده) لأن لفظه يحتمله

فتطلق كل منهما إذا دخلت ، (وإن قال : إذا دخلت الدار وإن دخلت هذه الأخرى فأنت طالق لم تطلق) المخاطبة (إلا بدخولهما) لأنه جعل دخولهما شرطاً للطلاق ، (و) إن قال : (أنت طالق لو قمت كان ذلك شرطاً) كأن قمت، لأن لو تستعمل فيه ، (ولو لم تكن شرطاً) لكانت لغواً ، والأصل اعتبار كلام المكلف ، (وإن قال : أردت أن أجعل لها) أي (جواباً) بأن قال : أردت أن أقول : أنت طالق لو قمت لأضربنك مثلاً (دين وقبل) حكماً فلا يقع إن قامت وضربها، لأنه محتمل، (و) إن ألحق شرط شرطاً كما لو قال : (إن قمت فقعدت أو) إن قمت (ثم قعدت فأنت طالق أو إن قعدت إذا قمت) فأنت طالق (أو إن قعدت إن قمت) فأنت طالق (إن قعدت متى قمت) فأنت طالق (لم تطلق حتى تقوم ثم تقعد ، وكذا أنت طالق إن أكلت إذا لبست أو) أنت طالق (إن أكلت إن لبست أو) أنت طالق (إن أكلت متى لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل ويسمى) عند النحاة (اعتراض الشرط على الشرط) فيقتضي تقديم المتأخر وتأخير المتقدم ، لأنه جعل الثاني في اللفظ شرطاً للذي قبله والشرط متقدم المشروط . قال تعالى : ﴿ ولا يَنْفَعُكُمْ نُصْحِي إنْ أَرَدْتُ أنْ أَنْصَحَ لَكُمْ إن كَانَ اللهُ يُرِيدُ أَنْ يُغْوِيَكُمْ ﴾ [1] .

(و) كذا إن قال : (إذا أعطيتك أن عدتك إن سألتني فأنت طالق لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها) لما تقدم ، (و) إن قال : (إن قمت وقعدت فأنت طالق طلقت بوجودهما) أي القيام والقعود (كيف ما كان) سواء وقعا معاً حيث أمكن أو واحد بعد واحد تقدم القيام أو تأخر ، لأن الواو لمطلق الجمع ، (وكذا) أنت طالق لأقمت وقعدت) يحنث بوجودهما كيف ما كان لما تقدم ، (إن) قال : (إن قمت أو قعدت فأنت طالق) طلقت بوجود أحدهما أي القيام والقعود ، لأن أو تقتضي تعليق الجزاء على واحد كقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أوْ عَلَى سَفَرٍ ﴾ [2] ، (وكذا أنت طالق لا قمت ولا قعدت تطلق بوجود أحدهما) لأن إعادة الأداة على التعليق على أحدهما ، (و) إن قال لزوجته : (كلما أجنبت منك جنابة فإن اغتسلت من حمام فأنت طالق فأجنب) منها (ثلاثاً واغتسل مرة فيه) أي الحمام (فـ) طلقة (واحدة) لأن الشرط وهو الجناية والغسل من الحمام لم يتكرر ، وإنما تكرر بعضه ويقع ثلاثاً مع فعل لا يتردد مع كل جنابة كموت زيد وقدومه لدلالة قرينة الاستحالة على أن المقصود تكرره هو الجنابة دون الموت أو القدوم بخلاف الغسل .

---

(١) سورة هود ، الآية : ٣٤ . (٢) سورة البقرة ، الآية : ١٨٤ .

(فصل في تعليق الطلاق بالحيض)

في تعليقه أي الطلاق بالحيض (إذا قال : إن حضت فأنت طالق طلقت بأول حيض متيقن) فتطلق (حين ترى الدم) لأن الصفة وجدت بدليل منعها من الصلاة والصيام ، (فإن بان) أي ظهر (الدم ليس بحيض بأن نقص عن أقل الحيض) وهو يوم وليلة ، (ويتصل الانقطاع حتى يمضي أقل الطهر بين الحيضتين) وهو ثلاثة عشر يوماً بخلاف ما إذا عاد اليوم قبل ذلك وأمكن جعله حيضَة بالتلفيق ، (أو) بان أنه ليس بحيض (لكونها بنت تسع سنين لم تطلق به) لأنه تبين أن الصفة لم توجد ، (و) إن قال : (إذا مضت حيضة فأنت طالق حتى تحيض ثم تطهر ولم تغتسل) لأنها لا تحيض حيضة إلا بذلك . قال في المبدع : والظاهر أنه يقع سنياً ، (ولا تعتد بالحيضة التي هي فيها) حال التعليق فلا يقع بها الطلاق، لأنه علقه بالمرة الواحدة من الحيض بحرف إذا وهو اسم للزمان المستقبل فيعتبر ابتداء الحيضة وانتهاؤها بعد بالتعليق ، (و) إن قال : (إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة طلقت واحدة) لوجود الصفة التي علق عليها الطلاق أولاً ، (فإذا حاضت) الحيضة (الثانية طلقت) الطلقة (الثانية عند طهرها) من الحيضتين لوجود الصفة الثانية، لأن الحيضة الأولى والثانية حيضتان ، (و) إن قال : (إذا حضت حيضة فأنت طالق ، ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق لم تطلق) الطلقة (الثانية حتى تطهر من) الحيضة (الثالثة) لأنه رتبها بثم فاقتضى حيضتين بعد الأولى ، (و) إن قال : (إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق فحاضت سبعة أيام) بلياليها (ونصفا) من يوم بليلة (وقع) الطلاق، لأنه نصف أكثر الحيض فلا يتحقق مضي نصف الحيضة إلا به . قال في الكافي : بمعنى والله أعلم أنه ما دام حيضها باقياً لا يحكم بوقوع طلاقها حتى يمضي نصف أكثر الحيض ، لأن ما قبل ذلك لا يتيقن به مضي نصف الحيضة ولا يتحقق نصفها إلا بكمالها ، (وإن طهرت فيما دونها) أي دون المدة التي هي أكثر الحيض (تبينا وقوعه) أي الطلاق (في نصفها) أي نصف مدة الحيض لوجود الصفة ، (و) إن قال : (إذا طهرت فأنت طالق وكانت حائضاً طلقت إذا انقطع الدم) وإن لم تغتسل لوجود الطهر ، (وإن كانت طاهراً) حين التعليق (فـ) لا تطلق (حتى تطهر من الحيضة المستقبلة) لأنه علقه بإذا ، وهي لما يستقبل فلا تطلق إلا بطهر مستقبل ، (فإن قالت) : من علق طلاقها بحيضها (قد حضت وكذبها قبل قولها في نفسها) لقوله تعالى : ﴿ ولا يَحِلُّ لَهُنَّ أنْ يَكْتُمْنَ مَا

خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ [1] فقيل : هو الحيض ، فلولا أن قولها مقبول فيه ما حرم عليها كتمانه ، ولأنه لا يعرف إلا من جهتها (مع يمينها) لاحتمال صدقه . وقال في المبدع: بغير يمين في ظاهر المذهب . وقال في شرح المنتهى : من غير يمين عل الأصح ، وحيث قبل قولها في الحيض (وقع) الطلاق المعلق عليه كما لو ثبت بالبينة (كقوله : إن أضمرت بغضي فأنت طالق فادعته) أي إضمار بغضه فيقبل قولها فيه، لأنه لا يعلم إلا من جهتها ويقع الطلاق ، و(لا) يقبل قولها في (دخول الدار ونحوه) كقدوم زيد وغيره (مما يمكن إقامة البينة عليه) فلا يقبل قولها فيه إلا ببينة ، (ولو حلفت) لعموم حديث : « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي واليَمِينُ عَلَى مَن أَنْكَرَ » [2] قال في المنتهى : ولا في ولادة إن لم يقر بالحمل ، (وإن قال) الزوج بعد أن علق طلاقها على الحيض : (قد حضت فأنكرته طلقت) مؤاخذة له (بإقراره) لأنه قد أقر على نفسه بما يوجب بطلان النكاح فلزمه مقتضى إقراره ، (وإن قال) لإحدى زوجتيه : (إن حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت: قد حضت، وكذبها طلقت وحدها ولو صدقتها الضرة) لأن قولها مقبول في حق نفسها دون ضرتها ، (فإن أقامت) من ادعت الحيض (بينة بذلك) أي بحيضها (بأن اختبرتها) أي النساء الثقات ، ولعل المراد الجنس فيتناول الواحدة كما يأتي في الشهادت (بإدخال قطنة في فرجها زمن دعواها الحيض ، فإن ظهر دم) في القطنة (فهي حائض طلقتا) لثبوت الحيض المعلق عليه طلاقهما ، (وإن قال) الزوج : (قد حضت وأنكرته) المقول لها ذلك وحدها أو مع ضرتها (طلقتا) مؤاخذة له (بإقراره) على نفسه ، (و) إن قال لزوجتيه : (إن حضتما فأنتما طالقتان ، فقالتا : قد حضنا، فإن صدقهما طلقتا) لأنه أقر بوقوع الطلاق عليه بتصديقه ، و(إن كذبهما لم تطلقا) أي لم تطلق واحدة منهما، لأن طلاق كل واحدة منهما معلق بشرطين حين حيض ضرتها ، وقول كل واحدة منهما عل ضرتها غير مقبول ، (وإن كذب إحداهما) وصدق الأخرى (طلقت) المكذبة (وحدها) لأن قولها مقبول على نفسها وقد صدق الزوج ضرتها ، فوجد الشرطان في حقه ولم تطلق المصدقة ، لأن قول ضرتها مقبول في حقها ولم يصدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها ، (وإن قال ذلك لأربع) أي قال لزوجاته الأربع : إن حضتن فأنتن طوالق (فقد علق طلاق كل واحدة منهن على حيض الأربع ، فإن كن) أي الأربع (قد حضن فصدقهن طلقن) لوجود شرط طلاقهن ، (وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن) لعدم وجود شرط الطلاق ، لأن قوله : كل واحدة منهن إنما يعمل به في حق نفسها دون ضرتها ، (وإن صدق واحدة) منهن (أو)

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

(٢) سبق تخريجه في عدة مواضع .

صدق (واحدة) منهن (اثنتين لم يطلق منهن) أي الأربع (شيء) لما سبق ، (وإن صدق ثلاثاً) وكذب واحدة لم تطلق المصدقات ، لأن قول المكذبة غير مقبول عليهن ، و(طلقت المكذبة وحدها) لأن قولها مقبول في حق نفسها ، وقد صدق ضراتها فوجد الشرط في حقها ، (وإن قال لهن) أي لزوجاته الأربع : (كلما حاضت إحداكن) فضرائرها طوالق ، (أو) قال : (أيتكن حاضت فضرائرها طوالق فقلن) أي الأربع : (قد حضن فصدقهن طلقن ثلاثاً ثلاثاً) لأن كل واحدة منهن لها ثلاث ضرائر ، (وإن صدق واحدة) وكذب الثلاث (لم تطلق) المصدقة، لأن قول ضرائرها غير مقبول عليها، (وطلقت ضراتها طلقة طلقة) لتصديقه إياها ، (وإن صدق اثنتين) منهن وكذب اثنتين (وطلقت) أي المصدقتان (طلقة طلقة) لأن كل واحدة منهما ضرة مصدقة ، (و) طلقت (المكذبتان اثنتين) اثنتين لأن كل منهما ضرتين مصدقتين ، (وإن صدق ثلاثاً) وكذب واحدة (طلقن) أي المصدقات (اثنتين اثنتين) لأن كل واحدة منهن لها ضرتان مصدقتان ، (و) طلقت (المكذبة ثلاثاً) لأن لها ثلاث ضرات مصدقات ، (و) إن قال لزوجتيه : (إن حضتما حيضة فأنتما طالقتان طلقت كل واحدة) منهما (لشروعها) أي الثانية . وفي نسخة : لشروعهما وهي أصوب موافقة للتنقيح وغيره (في الحيض) قال في الفروع : الأشهر تطلق بشروعهما . انتهى . وهو قول القاضي وغيره ، وقطع به في التنقيح وتبعه المنتهى ، لأن وجود حيضة واحدة منهما محال فيلغو قوله حيضة ويصير كقوله : إن حضتما فأنتما طالقتان ، والوجه الثاني : لا يطلقان إلا بحيضة من كل واحدة منهما ، كأنه قال : إن حضتما كل واحدة حيضة فأنتما طالقتان ، صححه في الإنصاف وقال : قدمه في الفروع والمحرر والرعايتين والحاوي الصغير واختاره الشيخ الموفق والشارح ، والوجه الثالث : يطلقان بحيضة من إحداهما ، لأن الشيء يضاف إلى جماعة وقد فعله واحد منهم ، فلما كان هذا الفعل لا يمكن اشتراكهما فيه ، لأنه واحد كان وجوده من إحداهما كوجوده منهما . والوجه الرابع : لا تنعقد الصفة فلا تطلق واحدة منهما ، لأنه تعليق بالمستحيل فلا يقع كأنتما طالقتان إن صعدتما السماء . قال في الإنصاف : وهذه المسئلة مبنية على قاعدة أصوليه وهي ما .

(و) إن ولدت الثاني (ستة أشهر فأكثر) من ولادة الأول (وقد وطيء بينهما فـ) إنه يقع عليه (ثلاث طلقات بولادة الذكر ، وطلقتان بولادة الأنثى (لأن) الولد (الثاني حمل مستأنف) من الوطء فوجبت العدة بالوطء بينهما ، ولا يمكن ادعاء أن تحمل بولد بعد ولد ، قاله في الخلاف وغيره ، وإن وطئها واحد بعد واحد وليس بينهما ستة أشهر فأكثر (وأشكل السابق) منهما (فطلقة) واحدة تقع (بيقين) لاحتمال أن يكون السابق

الذكر (ولغا ما زاد) على الواحدة ، لأن الأصل عدم وقوعه (والورع أن يلتزمهما) أي الطلقتين لاحتمال أن يكون السابق الأنثى ، (ولا فرق) فيما تقدم (بين من قاله حياً أو ميتاً) لأن الشرط ولادة ذكر أو أنثى ، وقد وجدت ، ولأن العدة تنقضي به وتصير به الأمة أم ولد .

(وإن قال) لزوجته : (إن كان أول ما تلدين ذكر فأنت طالق واحدة ، وإن كان أنثى فـ) أنت طالق (اثنتين فولدتهما) أي الذكر والأنثى (دفعة واحدة لم يقع بهما شيء) لأن الأول فيهما فلم توجد الصفة ، (وإن ولدتهما) أي الذكر والأنثى (دفعتين طلقت بالأول) إن كان ذكراً فطلقة ، وإن كان أنثى فاثنتان لوجود الصفة (وبانت بالثاني) منهما أي انقضت عدتها به ، لأنه تمام الحمل فلا يقع ما علق بولادته ، (وإن قال : كلما ولدت) فأنت طالق ، (أو) قال : (كلما ولد ولداً فأنت طالق ، فولدت ثلاثة معاً طلقت ثلاثاً) لأن الولادة تتعدد بتعدد الأولاد وكما تنسب الولادة إلى واحد من الثلاثة تنسب إلى كل واحد من الأخيرين ، وقد علق الطلاق بكل واحدة فيقع بكل ولادة طلقة ، (وإن ولدتهم) أي الثلاثة (متعاقبين) أي واحداً بعد واحد (من حمل واحد طلقت بالأول طلقة ، و) طلق (بالثاني) طلقة (أخرى ، لأن كلما للتكرار ، (ولم تنقص عدتها به) أي بالثاني (لأنها) أي العدة (لا تنقضي إلا بوضع كل الحمل) لقوله تعالى : ﴿ وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (١) ، (وانقضت العدة بالثالث ولم تطلق به) لأن العدة انقضت بوضعه ، والبائن لا يلحقها طلاق . (ذكر ذلك في المغني والكافي وغيرهما) كالمنتهى وشرحه . (وذكر في الإنصاف أن عدتها تنقضي بالثاني) من الأولاد ، (وهو) سهو إن لم يكن حمله على ما إذا كانت حاملاً باثنين فقط ، (وإن قال : إن ولدت اثنين فأنت طالق للسنة فطلقة بطهرها) من النفاس، لأن الطلاق فيه بدعة ، وإن قال : كلما ولدت فأنت طالق للسنة فولدت اثنين فطلقة بطهرها من النفاس (ثم) طلقة (أخرى بعد طهر من حيضة) ذكره القاضي ، قاله في شرح المنتهى وفي كلام المصنف هنا مخالفة للقواعد ولمنقول كلامهم ، فلذا حولته عن ظاهره ، وإن قال لزوجته : إن (كنت حاملاً بغلام فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين فولدت غلاماً كانت حاملاً به وقت اليمين تبينا أنها طلقت واحدة حين حلفه) لوجود شرطهما ، لأنها كانت حاملاً بغلام ، (وانقضت عدتها بوضعه ، وإن ولدت أنثى طلقت بولادتها طلقتين) لوجود شرطهما ، (واعتدت بالقروء) أي

---

(١) سورة الطلاق ، الآية : ٤ .

الحيض، لأن الطلاق يقع عقب الولادة ، (وإن ولدت غلاماً وجارية وكان الغلام أولهما ولادة تبينا أنها طلقت واحدة) حين حلفه، لأنها كانت حاملاً بغلام (وبانت) أي انقضت عدتها (بوضع الجارية ، ولم تطلق بها) كأنت طالق مع انقضاء عدتك ، (وإن كانت الجارية ولدت أولاً طلقت ثلاثاً ، واحدة بحمل الغلام ، واثنتين بولادة الجارية) لأن عدتها لم تنقض بوضعها، لأنها ليست محل الحمل، وإنما تنقضي بوضع الغلام بعدها.



(فصل في تعليق الطلاق بالطلاق)[1]

في تعليقه بالطلاق إذا قال : إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال : أنت طالق طلقت مدخول بها طلقتين : واحدة بالمنجز ، والأخرى بوجود الصفة ، (و) تطلق (غيرها) أي غير المدخول بها (واحدة) بالمنجز وبانت فلا يلحقها المعلق ، (فإن قال : عنيت) أي قصدت ونويت (بقولي هذا) أي إذا طلقتك فأنت طالق (إنك تكونين طالقاً بما أوقعته عليك ولم أرد إيقاع طلاق سوى ما باشرتك به دين) لأنه أعلم بنيته ، (ولم يقبل) منه (في الحكم) لأنه خلاف الظاهر ، (وإن طلقها) أي من قال : إن طلقتك فأنت طالق (بائناً) نحو أن يطلقها على عوض (لم يقع) الطلاق (المعلق) لأن البائن لا يلحقها الطلاق (كأن خلعتك فأنت طالق ففعل) أي خالعها (لم تطلق به) أي بالخلع (وتقدم) ذلك في الخلع وغيره ، (و) إن قال لزوجته : (إن طلقتك فأنت طالق ، ثم قال) لها : (إن قمت) أو نحوه (فأنت طالق فقامت طلقت) مدخول بها (طلقتين) واحدة بالمعلق على القيام ، وأخرى بالمعلق على التطليق ، (وكذا لو نجزه) أي الطلاق (بعد التعليق) على التطليق كما تقدم .

وإذا وكل من طلقها فهو كمباشرته ، لأن فعل الوكيل كفعل موكله ، وبين وجه وقع الطلاق بالتعليق على الطلاق في المثال المذكور بقوله : إذ التعليق) بقيام أو غيره بعد (وجود الصفة) المعلق عليها الطلاق (تطليق) وإذا كانت تطليقاً وقع الطلاق المعلق عليه، (ولو قال أولاً) أي ابتداء (إن قمت فأنت طالق ، ثم قال) لها : (إن طلقتك فأنت طالق فقامت طلقت بالقيام واحدة) لوجود شرطها وهو القيام ، (ولم تطلق بتعليق الطلاق) ولو كانت مدخولاً بها ، لأنه لم يطلقها ، (وإن) قال لزوجته : (إن قمت فأنت طالق ، ثم قال : إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق ، فقامت طلقت مدخول بها طلقتين) طلقة بالقيام ، وطلقة بوقوع طلاقه عليها وغير المدخول بها طلقة بالقيام فقط

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

(و) إن قال : (كلما طلقتك) فأنت طالق ، (أو) قال : (كلما أوقعت عليك طلاقي فأنت طالق ، ثم قال : أنت طالق فثنتان لمدخول بها) واحدة بالمنجز وأخرى بالمعلق (ولغيرها) أي غير المدخول بها طلقة (واحدة وهي المنجزة) ولا تقع المعلقة، لأنها بانت والبائن لا يلحقها طلاق ، (ولا تقع) بالمدخول بها طلقة (ثالثة ، لأن) الطلقة (الثانية لم تقع بإيقاعه بعد عقد الصفة) فلم يوجد شرطها ، (وإن قال بعدها) أي بعد يمينه : كلما طلقتك أو أوقعت عليك طلاقي فأنت طالق ، (أو خرجت فأنت طالق فخرجت طلقت) مدخول بها (بالخروج طلقة وبالصفة) التي هي التطليق أو الإيقاع (أخرى) أي طلقة ثانية، إذ التعليق بعد وجود الصفة تطليق كما مر (ولم يقع) طلقة (ثالثة) لأن التطليق لم يوجد إلا مرة ، (و) إن قال : (كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم وقع بمباشرة أو سبب أو صفة عقدها بعد ذلك) التعليق ، (أو) عقدها (قبله فثلاث) طلقات ، لأن الثانية طلقة واقعة عليها فتطلق بها الثالثة ، والمراد بالمباشرة أن تنجز الطلاق بنفسه أو وكيله أو بسبب ، والمراد بالسبب والصفة واحد وهو وقوعه بوجود ما علق الطلاق عليه ومحل وقوع الثلاث (إن وقعت) الطلقة (الأولى والثانية رجعيتين) إذ البائن لا يلحقها طلاق ، (و) إن قال : (إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال: لا إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق ، ثم قال) لها: (أنت طالق، طلقت مدخول بها ثلاثاً) واحدة بالمباشرة ، واثنتان بالوقوع والإيقاع، وغير المدخول بها تبين بالطلقة التي باشرها بها ، (و) إن قال لزوجته : (كلما طلقتك طلاقاً أملك فيه رجعتك فأنت طالق ، ثم قال) لها بعد الدخول بها : (أنت طالق) ولا عوض (طلقت اثنتين) طلقة بالمباشرة وأخرى بالتعليق ، (وإن كانت الطلقة بعوض أو) كانت (في غير مدخول بها بانت بالأولى) وهي المنجزة فلا تلحقها المعلقة ، (فإن طلقها اثنتين) رجعيتين (طلقت الثالثة) لوجود الصفة ، (و) إن قال : (كلما وقع عليك طلاقي) فأنت طالق قبله ثلاثاً ، (أو) قال : (إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم قال : أنت طالق طلقت ثلاثاً ، واحدة بالمنجزة وتتمتها من المعلق ويلغو قوله قبله) لأنه وصف المعلق بصفة يستحيل وصفه بها ، فإنه يستحيل وقوعها بالشرط قبله فتلغو صفتها بالقبلية ، وصار كأنه قال : إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثلاثاً . وقال ابن عقيل : طلق بالمنجز والتعليق باطل ، لأنه طلاق في زمن ماض أشبه قوله : أنت طالق أمس ، ولأنه لو وقع المعلق لمنع وقوع المنجز ، فإذا لم يقع المنجز بطل شرط المعلق فاستحال وقوع المعلق ولا استحالة في وقوع المنجز فيقع .

(وهي) أي هذه المسألة هي (السريجية) نسبة لابن سريج أبي العباس الشافعي أول

من قال بها ، فقال : لا تطلق أبداً ، لأن وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها ، وذلك يمنع وقوعها فإثباتها يؤدي إلى نفيها فلا تثبت ، ولأن إيقاعها يفضي إلى الدور، لأنها إذا وقعت يقع فيها ثلاث فيمتنع وقوعها ، وما أدى إلى الدور وجب قطعه من أصله ، وهذا ما صححه الأكثرون من الشافعية ، وحكاه بعضهم عن النص ، وقاله الشيخ أبو حامد وشيخ العراقيين والقفال شيخ المروذة قال في المهمات : فكيف تسوغ الفتوى بما يخالف نص الشافعي وكلام الأكثرين ، يعني من الشافعية ، (ويقع بغير مدخول بها واحدة وهي المنجزة) فتبين بها ولا يلحقها شيء من المعلق ، (وإن) قال لزوجته : إن (وطئتك وطأ مباحاً) فأنت طالق قبله ثلاثاً ، (أو) قال : (إن أبنتك) فأنت طالق قبله ثلاثاً ، (أو) قال : (إن فسخت نكاحك) فأنت طالق قبله ثلاثاً ، (أو) قال : إن (راجعتك) فأنت طالق قبله ثلاثاً ، (أو) قال : إن (ظاهرت) منك فأنت طالق قبله ثلاثاً ، (أو) قال : إن (آليت منك) فأنت طالق قبله ثلاثاً ، (أو) قال : إن) لاعنتك فأنت طالق قبله ثلاثاً ففعل) ما علق الطلاق عليه من المذكورات (طلقت ثلاثاً) ولغا قوله قبله لما تقدم في السريجية . والمراد بقوله : إن أبنتك أو فسخت نكاحك ، أي قلت لك هذا اللفظ فإنها لا تبين به فيقع الطلاق المعلق عليه ، بخلاف قوله : إذا بنت أو إذا فسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم بانت منه بخلع أو غيره أو فسخت نكاحها المقتضى، فإنها لا تطلق، لأنها إذا بانت لم يبق للطلاق محل يقع فيه ، هذا حاصل كلامه في شرح المنتهى ، (و) إن قال لإحدى زوجتيه : (كلما طلقت ضرتك فأنت طالق ثم قال مثله للضرة ، ثم طلق الأول طلقت الضرة طلقة بالصفة) لأنه طلق ضرتها ، (و) طلقت (الأولى اثنتين، طلقة بالمباشرة ، و) طلقة بوجود الصفة ، لأن (وقوعه بالضرة تطليق لا إن أحدث فيها طلاقاً بتعليقه طلاقاً ثانياً) مع وجود صفته . وتقدم أن التعليق مع وجود الصفة تطليق ، (وإن طلق الثانية فقط) أي دون الأولى (طلقتا طلقة طلقة) الضرة بالمباشرة والأولى بالصفة ، ولم يقع بالثانية طلقة أخرى، لأن طلاق الأولى إنما وقع بالتعليق السابق على طلاق الثانية فلم يحدث بعد تعليق طلاق الثانية تطليقها ، (ومثل هذه) المسألة المذكورة (قوله) أي قول زوج حفصة وعمرة : (إن طلقت حفصة فعمرة طالق، أو كلما طلقت حفصة فعمرة طالق ، ثم قال: إن طلقت عمرة فحفصة طالق ، أو كلما طلقت عمرة فحفصة طالق ، فحفصة كالضرة في المسألة التي قبلها) فإن طلق عمرة طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة ، وإن طلق حفصة فقط طلقتا حفصة بالمباشرة وعمرة بالصفة ، ولم تزد كل واحدة منهما طلقة لما تقدم .

(وعكس المسألة قوله لعمرة : إن طلقتك فحفصة طالق ، ثم قال لحفصة : إن طلقتك فعمرة طالق ، فحفصة هنا كعمرة هناك) فإن طلق حفصة طلقت طلقتين وطلقت عمرة طلقة ، وإن طلق عمرة طلقت كل واحدة منهما طلقة ، لأنها عكس التي قبلها ، (ولو علق ثلاثاً بتطليق يملك) فيه (الرجعة) كما لو قال : إن طلقتك طلاقاً أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثلاثاً ، (ثم طلقها واحدة طلقت ثلاثاً) إن كان دخل بها واحدة بالمنجز وتتمتها من المعلق ، لأن امتناع الرجعة هنا لعجزه عنها لا لعدم ملكها ، (و) إن كان ذلك (قبل الدخول يقع ما نجزه) من الطلاق فقط دون المعلق لعدم وجود الصفة، إذ الطلاق قبل الدخول لا يملك فيه الرجعة ، (و) إن كان الطلاق (بعوض لا يقع غيره) أي غير المنجز دون المعلق لما سبق ، (وإن قال لزوجاته الأربع : أيتكن وقع عليها طلاقي فضرائرها طوالق ثم وقع على إحداهن طلاقه) بمباشرة أو سبب (طلقن) كلهن (ثلاثاً ثلاثاً) لأنه إذا وقع على إحداهن طلقة طلقت كل واحدة من صواحبها بوقوعه عليها طلقة ، وصار إذا وقع بواحدة طلقة يقع بكل واحدة من صواحبها طلقة ، وقد وقع على جميعهن فطلقت كل واحدة ثلاثاً .

(وإن قال) : من له أربع زوجات (كلما طلقت واحدة منكن فعبد من عبيدي حر ، وكلما طلقت اثنتين فعبدان حران ، وكلما طلقت ثلاثة فثلاثة) من عبيدي (أحرار ، وكلما طلقت أربعاً فأربعة) من عبيدي (أحرار ثم طلقهن) أي الزوجات الأربع (معاً أو منفردات عتق خمسة عشر عبداً) لأن فيهن أربع صفات هن أربع فيعتق أربعة ، وهن أربعة آحاد فيعتق أربعة أيضاً وهن اثنتان واثنتان فيعتق كذلك وفيهن ثلاث فيعتق بذلك ثلاث ، وإن شئت قلت : يعتق بالواحدة واحد ، وبالثانية ثلاثة ، لأن فيها صفتين هي واحدة وهي مع الأولى اثنتان ، ويعتق بالثالثة أربع، لأنها واحدة وهي مع الأولى والثانية ثلاث ، ويعتق بالرابعة سبعة ، لأن فيها ثلاث صفات هي واحدة مع الثالثة اثنتان وهي مع الثلاث التي قبلها أربع . قال في المغني : وهذا أولى من الأول ، لأن قائله لا يعتبر صفة طلاق الواحدة في غير الأولى ولا صفة التثنية في غير الثالثة والرابعة (إلا أن تكون له نية فيؤاخذ بما نوى) لأن النية مقدمة ، (ولو جعل) في التعليق المذكور (مكان كلما: إن) أو نحوها من سائر أدوات الشرط (عتق عشرة) أعبد فقط لعدم تكرارها بالواحدة واحد وبالثانية اثنان وبالثالثة ثلاثة وبالرابعة أربعة .

(و) إن قال : (كلما أعتقت عبداً من عبيدي فامرأة من نسائي طالق ، وكلما أعتقت اثنتين فامرأتان طالقتان ثم أعتق اثنين) من عبيده (طلق) نساؤه (الأربع) لأن الاثنين فيهما صفتان هما اثنتان فيطلق اثنان وهما واحد وواحد فتطلق اثنتان ، وإن كان

بدل كلما أداة غيرها طلق ثلاث ، (و) إن قال : (كلما أعتقت عبداً من عبيدي فجارية من جواري حرة ، وكلما أعتقت اثنين فجاريتان حرتان ، وكلما أعتقت ثلاثة فثلاث أحرار ، وكلما أعتقت أربعاً فأربع أحرار فأعتق أربعة) من عبيده (عتق من جواره خمس عشرة) جارية (بعدة من عتق من عبيده في المسئلة المتقدمة) فيها ، وإن كان بدل كلما أداة غيرها فعشر ، (وإن) قال : (إن دخل الدار رجل فعبد من عبيدي حر ، وإن دخلها طويل فعبدان) حران ، (وإن دخلها أسود فثلاثة) من عبيدي أحرار ، (وإن دخلها فقيه فأربعة أحرار فدخلها رجل فقيه طويل أسود عتق عشرة) من عبيده واحد بصفة كون الداخل رجلاً واثنان بصفة كونه طويلاً وثلاثة بصفة كونه أسود وأربعة بصفة كونه فقيهاً . ولو قال : كلما صليت ركعة فعبد حر ، وكلما صليت ركعتين فعبدان حران وهكذا إلى عشرة ، وصلى عشرة عتق سبعة وثمانون عبداً ، (وإن قال) لامرأته: (إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ، ثم كتب إليها إذا أتاك كتابي فأنت طالق ، فأتاها الكتاب كاملاً ولم يمح) منه (ذكر الطلاق طلقت اثنتين) لأنه علق طلاقها بصفتين : مجيء الطلاق ، ومجيء كتابه ، وقد اجتمعتا في مجيء الكتاب ، أو انمحى كل ما فيه ، لأن المقصود لم يأت . (وإن قال : أردت أنك طالق بذلك الطلاق الأول دين) لأنه محتمل وهو أعلم بنيته ، (وقبل في الحكم) لما سبق ، (وإن أتاها بعض الكتاب وفيه الطلاق ولم ينمح ذكره لم تطلق) لأنه لم يأتها كتابه بل بعضه . قلت : ينبغي أن يقع بذلك الطلقة المعلقة على مجيء الكتاب، لأنه قد أتاه طلاقه ، وإن انمحى ما فيه أو انمحى ذكر الطلاق أو ضاع الكتاب لم تطلق ، (ولو كتب إليها إذا قرأت كتابي فأنت طالق ، فقريء عليها وقع إن كانت لا تحسن القراءة) لأن ذلك هو المراد بقراءتها ، (وإلا) بأن كانت تحسن القراءة وقريء عليها (فلا) تطلق، لأنها لم تقرأه ، والأصل في اللفظ كونه للحقيقة إلا مع التعذر ، (ولا يثبت الكتاب إلا بشاهدين مثل كتاب القاضي إلى القاضي، وإذا شهدا عندها كفى وإن لم يشهدا به عند الحاكم) قال أحمد : لا تتزوج حتى يشهد عندها شاهد عدل لا حامل الكتاب وحده . و(لا) يكفي (أن يشهد أن هذا خطه) كما لا يكفي ذلك في كتاب القاضي إلى القاضي ، بل لا بد من قراءته عليهما وشهادتهما بما فيه .

★ ★ ★

(فصل في تعليق الطلاق بالحلف) [1]

الحلف بالطلاق تعليق في الحقيقة ، لأنه ترتيب للطلاق على المحلوف عليه ، وذلك حقيقة التعليق كما سبق ، وحقيقة الحلف القسم . (قال أبو يعلي الصغير : ولهذا) أي

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

لكونه تعليقاً حقيقة (لو حلف لا حلفت فعلق طلاقها بشرط) كأن قدم زيد فأنت طالق، (أو) علقه (بصفة) كانت طالق قائمة (لم يحنث . انتهى) لأنه لم يحلف بل علق الطلاق ، والحلف بالطلاق (مجاز في الحلف لمشاركته له في المعنى المشهور) أي المتعارف ، (وهو) أي المعنى المتعارف من الحلف (الحث على فعل أو المنع منه) أي من فعل (أو تصديق خبر أو) على (تكذيبه) فالحنث على فعل (كقوله : إن لم أدخل الدار فأنت طالق طالق ، أو) أنت طالق (لأفعلن ، أو) أنت طالق (إن لم أفعل) كذا ، (أو) أي ومثال المنع من شيء قوله : (إن دخلت الدار فأنت طالق ، أو) أي مثال تصديق الخبر (أنت طالق لقد قدم زيد أو) أي ومثال تكذيبه أنت طالق (لم يقدم ، أشبه قوله : والله) لأفعلن أو لا أفعل أو لقد قدم زيد أو لم يقدم (ونحوه، فأما التعليق على غير ذلك) الذي فيه حنث أو منع أو تصديق خبر أو تكذيبه (كأنت طالق إن طلعت الشمس أو قدم الحاج ونحوه) كنزول المطر ، (فشرط لا حلف ، فلا يقع به الطلاق المعلق على الحلف) لعدم مشاركته للحلف في المعنى المشهور ، (وكذا إذا شئت فأنت طالق) فليس بحلف ، (فإنه تمليك ، وإذا حضت فأنت طالق فإنه طلاق بدعة ،وإذا طهرت فأنت طالق ، فإنه طلاق سنة) وليس بحلف . واختار الشيخ تقي الدين العمل بعرف المتكلم وقصده في مسمى اليمين، وأنه موجب أصول أحمد ونصوصه (وإذا قال) لزوجته : (إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : أنت طالق إن قمت، أو) إن (دخلت الدار ، أو) إن (لم تدخلي ، أو إن لم يكن هذا القول حقاً ونحوه) كأن لم يكن هذا القول كذباً (طلقت في الحال) لأنه حلف بطلاقها ، (وإن قال : إن حلفت بطلاقك) فأنت طالق ، (أو) قال : (إن كلمتك فأنت طالق وأعاده مرة أخرى طلقت واحدة) لأنه حلف بطلاقها وكلها ، (و) إن أعاده (مرتين فثنتان) إن كانت مدخولاً بها ، (و) إن أعاده (ثلاثاً طلقت مدخول بها ثلاثاً) لأن كل مرة يوجد فيها شرط الطلاق ، وينعقد شرط طلقة أخرى وغير المدخول بها تبين بالأولى . ويأتي حكم انعقاد يمينه الثانية والثالثة (إلا أن يقصد) من علقه بالحلف (بإعادتها إفهامها فلا تطلق سوى الأولى) يعني إن لم يقصد بها الإفهام ، فإن قصد بها الإفهام لم يقع . قال في الفروع والمبدع : وإن قصد بإعادته إفهامها لم يقع ذكره أصحابنا ، بخلاف ما لو أعاده من علقه بالكلام ، وأخطأ بعض أصحابنا وقال فيها كالأولى ، ذكره في الفنون .

(وإن قال لامرأتيه : إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان وأعاده) ثانياً (طلقت كل واحدة منهما طلقة) لأن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما ، وقد وجد وإن أعاده ثالثاً

فطلقتان طلقتان ، وإن أعاده أربعاً فثلاث لوجود الشرط وهو الحلف ، (فإن كانت إحداهما غير مدخول بها فأعاده بعد وقوع الطلقة الأولى لم تطلق واحدة منهما) لأن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما ولم يوجد ، لأن غير المدخول بها لا يقع الحلف بطلاقها، لأنها بائن (لكن لو تزوج بعد ذلك البائن ثم حلف بطلاقها طلقت كالأخرى طلقة طلقة) لأنه صار بهذا حالفاً بطلاقهما ، ذكره الأصحاب . وأورد عليه أن طلاق كل واحدة منهما معلق بشرط الحلف بطلاقها مع طلاق الأخرى ، فكل واحد من الحلفين جزء علقه لطلاق لكل واحدة منهما ، فكما أنه لا بد من الحلف بطلاقها في زمن تكون فيه أهلاً لوقوع الطلاق كذلك الحلف بطلاق ضرتها ، لأنه جزء علة لطلاق نفسها ومن تمام شرطه فكيف يقع بهذه التي جدد نكاحها الطلاق ، وإنما حلف بطلاق ضرتها وهي بائن ؟

(و) كذلك (اختار الموفق وغيره لا تطلق) وأجيب عنه بأن وجود الصفة في النكاح لا حاجة إليه ، ويكفي وجود آخرها فيه ليقع الطلاق عقبه ، وقد أشرنا إلى ما فيه في الحاشية ، (ولو جعل كلما بدل إن) بأن قال : كلما حلفت بطلاقكم فأنتما طالقتان وأعاده ، وكانت إحداهما غير مدخول بها ، ثم أعاده حال بينونتها ثم أنكح البائن وحلف بطلاقها (طلقت كل واحدة) منهما (ثلاثاً ، طلقة عقب حلفه ثانياً وطلقتين لما نكح البائن وحلف بطلاقها) لأن اليمين الأولى لم تنحل باليمين الثانية ، لأن كلما للتكرار واليمين الثانية باقية فتكون اليمين الثالثة التي تكملت بحلفه على التي جدد نكاحها شرط اليمين الأولى والثانية ، فيقع بها طلقتان بخلاف ما لو كان التعليق بإن أو نحوها ، فإن اليمين الأولى تنحل بالثانية لعدم اقتضائها التكرار فتبقى اليمين الثانية فقط، فإذا أعادها وجد شرط الثانية فانحلت وتنعقد الثالثة ، (ولو قال لزوجتيه حفصة وعمرة: إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ثم أعاده لم تطلق واحدة منهما) لأن هذا حلف بطلاق عمرة وحدها ، فلم يوجد الحلف بطلاقهما . (وإن قال بعد ذلك : إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت عمرة) لأنه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقهما عليه ، (فإن قال بعد هذا : إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطلق واحدة منهما) لأنه لم يحلف بطلاقهما بل بطلاق عمرة وحدها ، (فإن قال بعده : إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت حفصة) وحدها لوجود شرط طلاقها وهو الحلف بطلاقهما عمرة أولاً وحفصة ثانياً . (وإن قال لـ) زوجتين (مدخول بهما : كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فأنتما طالقتان وأعاده ثانياً طلقت كل واحدة منهما طلقتين) لأن ذلك حلف بطلاق كل واحدة منهما وحلفه بطلاق كل واحدة يقتضي طلاق الثنتين فطلقتا بحلفه بطلاق واحدة طلقة وبحلفه بطلاق الأخرى طلقة طلقة . (وإن قال : كلما حلفت بطلاق واحدة منكما) أو

إحداكما (فهي طالق ، أو) قال : كلما حلفت بطلاق واحدة منكما أو إحداكما (فضرتها طالق وأعاده طلقت كل واحدة) منهما (طلقة) لأن حلفه بطلاق واحدة إنما اقتضى طلاقها وحدها وما حلف بطلاقها إلا مرة فتطلق واحدة . (وإن قال لإحداهما) أي إحدى زوجتيه : (إذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ، ثم قال ذلك) أي إذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق (لـ) لزوجة (الأخرى طلقت الأولى) لوجود شرط طلاقها وهو الحلف بطلاق ضرتها ، (فإن أعاده للأولى طلقت الأخرى) لأن ذلك حلف بطلاق ضرتها ، وكلما أعاده لامرأة طلقت الأخرى ، إلى أن يبلغ ثلاثاً ، وإن كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة لم تطلق الأخرى لأنه ليس بحلف بطلاقها لكونها بائناً ، ولو قال : كلما حلفت بطلاقكما فإحداكما طالق وكرره ثلاثاً أو أكثر لم يقع شيء ، لأن هذا حلف بطلاق واحدة ولم يوجد الحلف بطلاقهما ، وإن قال لمدخول بها: كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فإحداكما طالق ، ثم قال ثانياً وقعت بإحداهما طلقة تعين بقرعة .

(و) قال : (إن حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ، ثم قال) لزوجته : (إن حلفت بطلاقك فعبدي حر طلقت) زوجته لوجود شرط طلاقها وهو الحلف بعتق عبده ، (ثم إن قال لعبده : إن حلفت بعتقك فامرأتي طالق عتق العبد) لوجود شرط عتقه وهو الحلف بطلاق امرأته ، (ولو قال له) أي لعبده : (إن حلفت بطلاق امرأتي فأنت حر، ثم قال لها) أي لامرأته : (إن حلفت بعتق عبدي فأنت طالق عتق العبد) لوجود الشرط وهو الحلف بطلاق امرأته ، (ولو قال له : إن حلف بعتقك فأنت حر ثم أعاد عتق) لأنه حلف بعتقه ، (ويأتي في كتاب الأيمان ما يتعلق بالحلف بالله وبالطلاق) وإذا قال : إن حلفت بطلاق زينب فنسائي طوالق ، ثم قال : إن حلفت بطلاق عمرة فنسائي طوالق ، وإن حلفت بطلاق حفصة فنسائي طوالق طلقت كل واحدة طلقتين ، ولو قال : كلما حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاده طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، ولو كان مكان كلما إن وأعاده طلقن واحدة واحدة ، وإن قال بعد ذلك لإحداهن: إن قمت فأنت طالق طلقت كل واحدة طلقة أخرى ، وإن قال : كلما حلفت بطلاقكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة طلقة ، وإن قال بعد ذلك لإحداهن : إن قمت فأنت طالق لم تطلق واحدة منهن ، وإن قال ذلك للاثنتين الباقيتين طلق الجميع طلقة طلقة .



(فصل في تعليقه بالكلام)[1]

(إذا قال) لزوجته : (إن كلمتك فأنت طالق فتحققي ذلك أو اعلمي ذلك ، قاله متصلاً بيمينه طلقت) لأنه علق طلاقها على كلامها وقد وجد (إلا أن يريد) كلاماً (بعد انفصال كلامي هذا) فلا يقع بالمتصل ، (وكذلك إن زجرها) بعد تعليق طلاقها على كلامها (فقال : تنحي أو اسكتي أو مري ونحوه) كاذهبي أو اجلسي ، (أو قال: إن قمت فأنت طالق طلقت) لوجود شرطه وهو الكلام ، وإن قصد به عقد اليمين في إن قمت فأنت طالق (إلا أن يريد) بقوله : إن كلمتك (كلاماً مبتدأ) أي مستأنفاً (مثل أن ينوي محادثتها أو الاجتماع بها ونحوه) فلا يحنث حتى يوجد ما نواه ، (وإن سمعها) أي سمع من قال لها : إن كلمتك فأنت طالق (تذكره ، فقال الكاذب عليه لعنة الله حنث نصاً) لأن ذلك كلام لها ، (فإن جامعها ولم يكلمها لم يحنث) لعدم وجود شرطه ، (إلا أن تكون نيته هجرانها) فيحنث بالمجامعة ، (وإن قال) لزوجته : (إن بدأتك بالكلام فأنت طالق ، فقالت : إن بدأتك به فعبدي حر انحلت يمينه) لأنها كلمته فلم يكن كلامه لها بعد ذلك ابتداء ، (إلا أن ينوي أنه لا يبدؤها في مرة أخرى) فلا ينحل يمينه بذلك (وتبقى يمينها معلقة) حتى يوجد ما يحلها أو شرطها .

(فإن بدأها بكلام انحلت يمينها وإن بدأته) هي ابتداء (عتق عبدها) لما تقدم ، (و) لو قال لزوجته : (إن كلمت فلاناً فأنت طالق فكلمته فلم يسمع لتشاغله أو غفلته) أو خفض صوتها بحيث لو رفعته لسمعها حنث، لأنها كلمته ، وإنما لم يسمع لشغل قلبه أو غفلته (أو كاتبته أو راسلته حنث) لأن الكلام يطلق ، ويراد به ذلك بدليل صحة استثنائه منه في قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُكَلِّمَهُ اللهُ إلا وحياً أَوْ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ أَوْ يُرسِلَ رسُولاً ﴾ [2] لأن القصد بيمينه هجرانه ، ولا يحصل ذلك مع مواصلته بالكتابة والرسول ، ولو حلف ليكلمن زيداً لم يبرأ بمكاتبته ولا مراسلته كما يعلم من الشرح ، لأن ذلك ليس كلاماً حقيقة (كتكليمها غيره) أي غير المحلوف عليها أن لا تكلمه ، (وهو يسمع تقصده) أي المحلوف عليه (به) أي بالكلام ، فإنه يحنث ، لأنها قصدته وأسمعته كلامها أشبه ما لو خاطبته ، (إلا أن يكون) الزوج (أراد) بحلفه عليها (أن لا تشافهه) فلا يحنث بالمكاتبة ولا بالمراسلة لعدم المشافهة ، (ولو أرسلت) من حلف زوجها عليها لا تكلم فلاناً (إنساناً يسأل أهل العلم عن مسئلة ، أو) عن (حديث فجاء

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ . (٢) سورة الشورى ، الآية: ٥١ .

الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث) بذلك، لأنها لم تقصده بإرسال الرسول ، (وإن أشارت إليه بيد أو عين أو غيرهما) كراس وأصبع (لم تطلق) بذلك ، لأن الإشارة ليست بكلام عند أهل الشرع ، (وكذا لو كلمته وهي مجنونة) لأنه لا قصد لها والقلم مرفوع عنها ، (وإن كلمته وهو سكران أو أصم بحيث يعلم أنها تكلمه أو مجنوناً يسمع كلامها أو كلمته وهي سكرى حنث) لأن الطلاق معلق على الكلام وقد وجد ، (وكذلك إن كلمت) المحلوف عليه ، وكان (صبياً وهو يعلم أنه مكلم) فيحنث الحالف لوجود الكلام ، (وإن كلمته ميتاً أو غائباً أو مغمى عليه ، أو نائماً أو سكران أو مجنوناً مصروعين لم يحنث) لأنه لا عقل لهم . قال في المبدع : وكذا إذا كان ، أي الأصم والسكران لم يعلم واحد منهما أنها تكلمه فلا حنث والمجنون إن لم يسمع كلامها . صرح به في المغني . (وإن سلمت عليه حنث) لأنها كلمته ، (فإن كان أحدهما) أي أحد الشخصين وهما زيد والمحلوف عليه أن لا يكلم زيداً مثلاً (إماماً . و) كان (الآخر مأموماً لم يحنث) الحالف (بتسليم) الإمام المحلوف عليه أن لا يكلم زيداً من (الصلاة) لأنه للخروج من الصلاة (إلا أن ينوي) الإمام (بتسليمه) السلام (على المأمومين) وزيد فيهم فيحنث ، لأنه قصده به ، (وإن حلف لا يقرأ كتاب فلان ، فقرأه في نفسه ولم يحرك شفتيه به حنث) لأن هذا قراءة الكتب في عرف الناس (إلا أن ينوي حقيقة القراءة) فلا يحنث قبل وجودها .

(وإن قال لامرأتيه : إن كلمتما هذين فأنتما طالقتان ، فكلمت كل واحدة منهما واحداً منهما طلقتا) لأن تكليمهما وجد منهما ، (كما لو قال : إن ركبتما دابتيكما أو أكلتما هذين الرغيفين أو لبستما ثوبيكما فأنتما طالقتان فركبت كل واحدة منهما دابتها وأكلت كل واحدة) منهما (رغيفاً ولبست كل واحدة) منهما (ثوباً طلقت) . وقد ذكرت ما في ذلك في الحاشية . (وإن قال : إن كلمتما زيداً وكلمتما عمراً فأنتما طالقتان ، فلا تطلقان حتى تكلم كل واحدة منهما زيداً وعمراً) لإعادة العامل . (وإن قال لعبدين : إن ركبتما دابتيكما أو لبستما ثوبيكما أو تقلدتما بسيفيكما أو دخلتما بزوجتيكما فأنتما حران ، فمتى وجد من كل واحد) منهما (ركوب دابته أو لبس ثوبه أو تقلد بسيفه أو الدخول بزوجته ترتب عليهما العتق ، لأن الانفراد بهذا عرفي . وفي بعضه) كالدخول بالزوجة (شرعي فيتعين لتوزيع الجملة على الجملة ، وإن قال لزوجته: (إن أمرتك فخالفتيني فأنت طالق فنهاها) عن شيء (وخالفته) فيه (لم يحنث) ولو لم تعرف حقيقة الأمر النهي ، لأنها خالفت نهيه لا أمره ، (إلا أن ينوي مطلق المخالفة) فيحنث بمخالفة النهي ، لأنها مخالفة ، (و) لو قال : (إن نهيتك

فخالفتيني فأنت طالق ، فأمرها) بشيء وخالفته لم يحنث في قياس التي قبلها إلا أن ينوي مطلق المخالفة لما تقدم ، (و) لو قال لامرأته : (إن كلمتك فأنت طالق ثم قاله ثانياً طلقت واحدة ، وإن قاله ثالثاً طلقت ثانية ، وإن قاله رابعاً طلقت ثلاثاً) حيث كانت مدخولاً بها ، لأن كل مرة يوجد بها شرط الطلاق ، وينعقد شرط طلقة أخرى ، وسواء قصد إفهامها أو لا كما تقدم ، لأنه كلام وإن قصد به الإفهام بخلاف مسئلة الحلف السابقة ، (وتبين غير المدخول بها بطلقة ولم تنعقد يمينه الثانية ، ولا الثالثة) لبينونتها بشروعه في الكلام فلم يحصل جواب الشرط إلا وهي بائن بخلاف مسئلة الحلف السابقة في إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم أعاده فإنها لا تبين إلا بعد انعقاد اليمين فتنعقد بحيث أنه لو تزوجها بعد ثم حلف بطلاقها طلقت لوجود شرط اليمين المنعقدة في النكاح السابق .

(و) لو قال لزوجته : (إن نهيتيني عن نفع أمي فأنت طالق . فقالت له : لا تعطها من مالي شيئاً لم يحنث) بذلك، لأنه نفع محرم فلا تتناوله يمينه ، (و) لو قال: (أنت طالق إن كلمت زيداً ومحمداً مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال كون محمد فيها مع خالد) لأنها حال من الجملة الأولى ومتى أمكن جعل الكلام متصلاً كان أولى . (و) لو قال : (أنت طالق إن كلمت زيداً وأنا غائب أو أنت راكبة أو هو راكب أو ومحمد راكب لم تطلق هي حتى تكلمه في تلك الحال) لأن الجملة الأخيرة حال وهي قيد في عاملها ، (و) لو قال : (إن كلمتيني إلى أن يقدم زيد) فأنت طالق (أو) إن كلمتيني (حتى يقدم زيد فأنت طالق فكلمته قبل قدومه حنث) . وكذا لو قال: أنت طالق إن كلمت زيداً إلى أن يقدم فلان فكلمته قبل قدومه ، طلقت وإلا فلا ، لأن الغاية رجعت إلى الكلام لا إلى الطلاق ، (فإن قال : أردت إن استدمت تكليمي من الآن إلى أن يقدم زيد دين وقبل) حكماً ، لأن لفظه يحتمله فعلي هذا إن قطعت الكلام لم يحنث ولو أعادته لعدم الاستدامة ، لكن لعل المراد الاستدامة عرفاً لا حال صلاة أو نوم أو نحوهما .

★ ★ ★

(فصل في تعليقه بالإذن في الخروج أو نحوه)[1]

(إذا قال) لزوجته : (إن خرجت بغير إذني) فأنت طالق ، (أو) إن خرجت (إلا بإذني) فأنت طالق . أو (إن خرجت (حتى آذن لك فأنت طالق ، ثم أذن لها فخرجت ثم خرجت بغير إذنه طلقت) لأن خرجت نكرة في سياق الشرط ، وهي

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح ، وليس في جميع النسخ .

تقتضي العموم ، قاله في الاختيارات فقد صدق أنها خرجت بغير إذنه (إلا أن ينوي الإذن مرة) ويأذن لها فيه ثم تخرج بعد فلا حنث ، (أو يقوله) أي الإذن مرة (بلفظه) بأن يقول : إن خرجت إلا بإذني مرة فأنت طالق ، فإذا أذن فيه مرة لم يحنث بخروجها بعد بغير إذن ، وأما إن قال : إن خرجت مرة بغير إذني فأنت طالق ثم أذن لها في الخروج ثم خرجت بغير إذنه حنث كما في المنتهى وشرحه ، لأن الخروج الثاني خروج غير مأذون فيه وهو محلوف عليه أشبه ما لو خرجت ابتداء بغير إذنه ، (فإن أذن لها في الخروج كلما شاءت) بأن قال لها : اخرجي كلما شئت (لم تطلق) بخروجها للإذن العام فلم تخرج إلا بإذنه ، (وإن أذن لها من حيث لا تعلم ، فخرجت طلقت نصاً) لأن الإذن هو الإعلام مع أن إذن الشارع وأوامره ونواهيه لا يثبت حكمها إلا بعد العلم بها ، فكذا إذن الآدمي ، ولأنها قصدت بخروجها وعصيانه أشبه ما لو لم يأذن لها في الباطن ، لأن العبرة بالقضاء لا بحقيقة الحال .

(فلو قال) : إن خرجت (إلا بإذن زيد) فأنت طالق (فمات زيد لم يحنث إذا خرجت) خلافاً للقاضي ، (ولو) حلف لا تخرج إلا بإذنه و(أذن لها) في الخروج (فلم تخرج حتى نهاها) عنه (ثم خرجت طلقت) لأن هذا الخروج جرى مجرى خروج ثان وهو محتاج إلى إذن . (وإن قال) لزوجته : (إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق ، فخرجت إلى غير الحمام) بغير إذنه (طلقت سواء عدلت إلى الحمام أو لم تعدل) لأنها خرجت إلى غير الحمام بغير إذنه ، (وإن خرجت تريد الحمام وغيره) طلقت لأنها إذا خرجت للحمام وغيره فقد صدق عليها أنها خرجت إلى غير الحمام ، (أو خرجت إلى الحمام ثم عدلت إلى غيره طلقت) لأن ظاهر هذا اليمين المنع من غير الحمام . فكيف ما سارت إليه حنث كما لو خالفت لفظه نقل الفضل بن زياد عن أحمد : أنه سئل : إذا حلف بالطلاق أنه لا يخرج من بغداد إلا لنزهة فخرج إلى النزهة ثم مر إلى مكة فقال : النزهة لا تكون إلى مكة ، وظاهر هذا أنه أحنث .

« تتمة » : قال أحمد في رجل حلف بالطلاق : لا يأتي أرمينية إلا بإذن امرأته . فقالت امرأته : اذهب حيث شئت ، فقال : لا حتى تقولي إلى أرمينية . قال في الشرح والصحيح أنها متى أذنت له إذناً عاماً لم يحنث . قال القاضي : هذا كلام أحمد محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة ، ولو قالت هذا بطيب قلبها كان إذناً منها وله الخروج ، وإن كان لفظ عام .



(فصل في تعليقه بالمشيئة)[1]

إذا قال : أنت طالق إن شئت (أو إذا) شئت (أو متى) شئت (أو كيف) شئت (أو حيث) شئت (أو أني) شئت (أو أين) شئت (أو كلما) شئت (أو أي وقت شئت ونحوه) كقوله : من شاءت فهي طالق (لم تطلق حتى تقول : قد شئت) لأن ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان فيتعلق الحكم بما ينطق به دون ما في القلب . فإذا قالت : شئت طلقت (سواء شاءت فوراً أو تراخياً) لأنه تعليق للطلاق على شرط، أشبه سائر التعليقات ، ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة فكان على التراخي كالعتق . وسواء شاءت (راضية أو كارهة) لوجود المشيئة . (وفي التنقيح) والإنصاف (ولو مكرهة وهو سبقة قلم) لأن فعل المكره ملغي ، (ولو شاءت بقلبها دون نطقها) لم يقع لما تقدم ، (أو قالت : قد شئت إن طلعت الشمس أو قد شئت إن شئت أو) قالت : شئت إن (شاء فلان . فقال : قد شئت لم يقع) الطلاق ، لأنه لم يوجد منها مشيئة ، وإنما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط وليس بمشيئة لا يقال : إذا وجد الشرط وجب أن يوجد مشروطه ، لأن المشيئة أمر خفي فلا يصح تعليقها على شرط . ووجه الملازمة إذا صح التعليق .

(فإن رجع) الزوج بعد التعليق المذكور (لم يصح رجوعه كبقية التعاليق) في الطلاق والعتق وغيرهما ، (وكذا) الحكم (لو علقه بمشيئة غيرها) فمتى وجدت طلقت وإن علقها الغير على شرط لم يقع . وإن رجع لم يصح رجوعه ، (وإن قيد المشيئة بوقت كقوله : أنت طالق إن شئت اليوم) أو الشهر (تقيد به ، فإن خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق) لعدم وجود الشرط ولا أثر لمشيئتها بعد ، (وإن علقه) أي الطلاق (على مشيئة اثنين كقوله) : أنت طالق (إن شئت وشاء أبوك) لم يقع حتى توجد مشيئتها ، (أو) قوله : أنت طالق إن شاء (زيد وعمرو لم يقع حتي توجد مشيئتها) لأن الصفة مشيئتهما . فلا تطلق بمشيئة أحدهما لعدم وجود الشرط وكيف شاء طلقت ، (ولو اختلفا في الفورية والتراخي) بأن شاء أحدهما فوراً والآخر متراخياً ، لأن المشيئة وجدت منهما جميعاً . (و) إن قال : (أنت طالق وعبدي حر إن شاء زيد ولا نية) له تخالف ظاهر لفظه (فشاءهما) أي شاء زيد الطلاق والعتق (وقعا) لوجود شرطهما (وإلا) أي وإن لم يشأهما زيد ، بأن لم يشأ واحد شيئاً أو شاء أحدهما دون الآخر (لم يقع شيء) منهما، لأن المعطوف والمعطوف عليه كالشيء الواحد ، وقد وليهما التعليق

---

(١) العنوان من وضع المحقق وليس في جميع النسخ .

فيتوافقان عليه ، ولا تحصل المشيئة بواحد من العتق أو الطلاق، لأنهما جملة واحدة ، فلا تحصل الجملة بإحدى جزأيها دون الآخر . (و) إن قال لزوجته : (أنت طالق إن شاء زيد فمات) زيد (أو جن لم تطلق) لأن شرط الطلاق لم يوجد ، (وإن خرس) زيد بعد التعليق ، (أو كان أخرس) حين التعليق ، (وفهمت إشارته فكنطقه) لقيامها مقامه ، وإن لم تفهم إشارته لم تطلق ، (ولو غاب) زيد (لم تطلق) حتى تثبت مشيئته ، (وإن شاء وهو سكران طلقت) لأنه يصح منه الطلاق فصحت مشيئته له . قال في المغني والصحيح : أنه لا يقع ، لأنه زائل العقل ، أشبه المجنون ، ثم الفرق بين إيقاع طلاقه وبين المشيئة : أن إيقاعه عليه تغليظ عليه لئلا تكون المعصية سبباً للتخفيف عنه ، وهنا إنما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه في حال زوال عقله .

و(لا) يقع (إن شاء) زيد (وهو مجنون) لأنه لا حكم لكلامه ، (وإن شاء) زيد (وهو صبي طفل) أي دون التمييز (لم يقع) الطلاق ، لأنه كالمجنون ، (وإن كان) زيد (مميزاً يعقل) المشيئة ، (وشاء الطلاق وقع) لصحة طلاقه إذن ، (و) إن قال : (أنت طالق إلا أن يشاء زيد فمات) زيد (أو جن طلقت في الحال) لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط ولم يوجد ، وكذا لو أبى المشيئة (وإن خرس) زيد (فشاء بالإشارة وفهمت) إشارته (فكنطقه) لدلالتها على ما في نفسه . قلت : وكذا ينبغي كتابته (إن لم يقيد في التعليق والنطق) فتتقيد به ، (و) إن قال لزوجته : (أنت طالق واحدة إلا إن شاء زيد ثلاثاً ، أو) قال : أنت طالق واحدة إلا أن (تشائي ثلاثاً ، أو) قال : أنت طالق (ثلاثاً إلا أن يشاء زيد) واحدة ، (أو) أنت طالق ثلاثاً إلا أن (تشائي واحدة فشاء) زيد (أو) شاءت الثلاث) في الأولى وقعت ، (أو شاء) أو شاءت (الواحدة) في الثانية (وقعت) لأن هذا هو السابق إلى الفهم من ذلك كقوله : خذ درهماً إلا أن تريد أكثر منه ، (فإن لم يشأ) زيد شيئاً (أو شاء أقل من ثلاث) كاثنتين أو لم تشأ هي أو شاءت اثنتين (فواحدة في الأولى) لأن الثلاث لم يوجد شرطها . ويقع في الثانية إذا لم يشأ أو شاء اثنتين أو لم تشأ هي أو شاءت اثنتين الثلاث ، لأن شرط الواحدة لم يوجد ، (و) إن قال لزوجته : (يا طالق) إن شاء الله طلقت . قاله في الترغيب . وقال : إنه أولى بالوقوع من قوله : أنت طالق إن شاء الله ، (أو) أنت (طالق) إن شاء الله ، (أو) قال : (عبدي حر إن شاء الله ، أو) قال : يا طالق أو أنت طالق لي أو عبدي حر (إلا أن يشاء الله أو إن لم يشأ الله أو ما لم يشأ الله طلقت وعتق العبد ، وكذا لو قدم الشرط) بأن قال : إن شاء الله أو إن لم يشأ الله أو ما لم يشأ الله فأنت طالق أو عبدي حر ، لما روى أبو حمزة . قال : سمعت ابن عباسَ يقول : « إذَا قَالَ الرجلُ لامرأَتِهِ : أنتِ طالقٌ إن شاءَ اللهُ فَهِيَ طَالِقٌ » رواه أبو حفص . وعن ابن عمرو أبي سعيد قال : « كُنَّا مَعْشَرَ أصحَابِ النبيِّ ﷺ نرَى

الاسْتِثْنَاءَ جَائِزاً فِي كلِّ شيْءٍ إلا في الطَّلاقِ والعِتَاقِ » ، ولأنه استثناء حكم في محل فلم يرتفع بالاستثناء كالبيع والنكاح .

(و) لو قال لزوجته : (إن دخلت الدار فأنت طالق) إن شاء الله ، (أو) قال لأمته : إن دخلت الدار فأنت (حرة إن شاء الله ، أو) قال لزوجته : (أنت طالق) إن دخلت الدار إن شاء الله ، (أو) قال لأمته : أنت (حرة إن دخلت الدار إن شاء الله فدخلت) الدار ، (فإن نوى رد المشيئة إلى الفعل لم يقع) الطلاق ولا العتق به ، لأن الطلاق أو العتق هنا يمين إذ هو تعليق على ما يمكن فعله أو تركه ، فإذا أضافه إلى مشيئة الله تعالى لم يقع ، لحديث ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ حلَفَ عَلى يَمينٍ فَقَالَ : إن شَاءَ اللهُ فَلا حنْثَ عَلَيْه »[1] رواه الخمسة إلا أبا داود . فمن قال لزوجته : أنت طالق لتدخلن الدار إن شاء الله لم تطلق دخلت أو لم تدخل ، لأنها إن دخلت فقد فعلت المحلوف عليه ، وإن لم تدخل علمنا أن الله تعالى لم يشأ ، لأنه لو شاءه لوجد ، فما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن ، وكذلك إن قال : أنت طالق لا تدخلين الدار إن شاء الله ، (وإلا) أي وإن لم ينو رد المشيئة إلى الفعل بأن لم ينو شيئاً أو نوى رد المشيئة إلى الطلاق أو العتاق (وقع) الطلاق أو العتاق لما ذكر أولاً . قال في شرح المقنع : وإن لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه إلى الدخول . ويحتمل أن يرجع إلى الطلاق (غريبة) إذا قال : أنت طالق يوم أتزوجك إن شاء الله فتزوجها لم تطلق . وإن قال : أنت حر يوم أشتريك إن شاء الله فاشتراه عتق ، قاله في المبدع .

(و) إن قال : (أنت طالق لرضا زيد أو لمشيئته طلقت في الحال) لأن معناه أنت طالق لكونه قد شاء ذلك أو رضيه ، وكقوله : هو حر لوجه الله أو لرضا الله ، وكذا الدخول إلى الدار ، (فإن قال : أردت الشرط دين) لأنه أعلم بمراده (وقبل حكماً) لأن ذلك يستعمل للشرط (وطلقت) لأنه معلق فكان متراخياً ، ذكره في الفنون . وإن قوماً قالوا : ينقطع بالأول ، (ولو قال) لزوجته : (إن كان أبوك يرضى بما فعلته

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٢/ ١٠ ، وأخرجه الدارمي في السنن : ٢/ ١٨٥ ، كتاب النذور والأيمان ، باب في الاستثناء .... ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الأيمان .... ، باب الاستثناء في اليمين ، الحديث (٣٢٦١) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٤/ ١٠٨ ، كتاب النذور ... ، باب ما جاء في الاستثناء .... ، الحديث (١٥٣١) ، واللفظ له ، وأخرجه النسائي في المجتبي من السنن : ٧/ ٢٥ ، كتاب الأيمان .... ، باب الاستثناء ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ١/ ٦٨٠ ، كتاب الكفارات ، باب الاستثناء في اليمين ، الحديث (٢١٠٥) ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٨٧) ، كتاب الأيمان .... ، باب الاستثناء ، الحديث (١١٨٣)، والحنث = اليمين .

وقال الترمذي عقب ذكر الحديث : حديث ابن عمر حديث حسن ، وقد رواه عبيد الله بن عمر وغيره عن نافع عن ابن عمر موقوفاً ، وهكذا روى عن سالم ، عن ابن عمر رضي الله عنهما موقوفاً،=

فأنت طالق ، فقال ما رضيت) به ، (ثم قال : رضيت) به (طلقت أيضاً) لأنه علقه على رضا مستقبل وقد وجد (بخلاف) قوله : (إن كان أبوك راضياً) بما فعلته فأنت طالق ، فقال : ما رضيت فلا تطلق (لأنه) أي المعلق عليه (ماض) وهو الذي صدر منه مستقبل فلم يوجد المعلق عليه . (وإن قال : إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار) فأنت طالق ، (أو قال : إن كنت تحبينه) أي أن يعذبك الله بالنار (بقلبك فأنت طالق فقالت : أنا أحبه لم تطلق إن قال : كذبت) لاستحالته في العادة ، كقوله : إن كنت تعتقدين أن الجمل يدخل في خرم الإبرة فأنت طالق ، فقالت : أنا أعتقده فإن عاقلا لا يجوزه فضلاً عن اعتقاده ، (وكذا) لو قال : (إن كنت تبغضين الجنة أو الحياة ونحوه) فقالت : أبغض ذلك لم تطلق إن قالت كذبت وإن لم تقل كذبت . فقال القاضي : تطلق وقدمه في الرعاية وجزم به في الوجيز . وفي الفنون هو مذهبنا ، لأن ما في القلب لا يوقف عليه إلا من اللفظ فاقتضى تعليق الحكم بلفظها به صادقة أو كاذبة كالمشيئة . وقال في المقنع : الأولى أن لا تطلق إذا كانت كاذبة . وقال في المبدع : وهو المذهب . وقال أبو ثور: لأن المحبة في القلب ولا يوجد من أحد محبة ذلك، وخبرها بالمحبة كاذب لا يلتفت إليه . (وإن قال : : إن كنت تحبين) زيداً ، (أو) إن كنت (تبغضين زيداً فأنت طالق فأخبرته به طلقت ، وإن كذبت) لما تقدم . فإذا قال : أنت طالق إن أحببت أو إن أردت أو إن كرهت احتمل أن يتعلق الطلاق بلسانها كالمشيئة ، واحتمل أن يتعلق الحكم بما في القلب من ذلك ويكون اللسان دليلاً عليه . فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده طلقت ولو أخبرت به ، ثم قالت : كنت كاذبة لم تطلق . ذكره في الشرح (وتعليق عتق كطلاق فيما تقدم) من مسائل التعليق .

(ويصح) تعليق العتق (بالموت) وهو التدبير بخلاف الطلاق ، (ولو قالت) امرأة لزوجها : (أريد أن تطلقني ، فقال : إن كنت تريدين) أن أطلقك فأنت طالق ، (أو) قال لها : (إذا أردت أن أطلقك فأنت طالق . فظاهر الكلام يقتضي أنها تطلق بإرادة مستقبلة ودلالة الحال على أنه أراد إيقاعه للإرادة التي أخبرته بها ، قاله في الفنون . ونص الثاني في أعلام الموقعين . ومثله تكونين طالقاً إذا دلت قرينة من غضب أو سؤال) طلاقها ، (ونحوه على) الإيقاع في (الحال دون الاستقبال) فيقع على الثاني دون الأول.

★ ★ ★

(فصل في مسائل من تعليق الطلاق متفرقة) [١]

أي المعلق عليه الطلاق فيها من أنواع مختلفة بخلاف ما قبل (إذا قال) لزوجه :

= ولا نعلم أحداً رفعه غير أيوب السختياني ، وقال إسماعيل بن إبراهيم : وكان أيوب أحياناً يرفعه وأحياناً لا يرفعه .

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح ، وليس في جميع النسخ .

(أنت طالق إذا رأيت الهلال أو عند رأسه) أي الهلال (تطلق بإكمال العدة) ثلاثين يوماً ، (أو إذا رؤي) الهلال (بعد الغروب) لأن رؤيته في الشرع عبارة عما يعلم به دخوله ، لقوله ﷺ : « صوموا لرُؤيَتِهِ وأفْطِرُوا لِرُؤيَتِهِ » [١] فانصرف لفظ الحال إلى عرف الشرع . كما لو قال : إذا صليت فأنت طالق فإنه ينصرف إلى الشرعية وفارق رؤية زيد فإنه لم يثبت لها عرف شرعي . و(لا) تطلق (قبله) أي قبل الغروب ، ولو رؤي الهلال، لأن هلال الشهر ما كان في أوله (إلا أن ينوي حقيقة رؤيتها) فيدين ويقبل حكماً ، لأن لفظه يحتمله فلا يقع حتى تراه هلالاً ، وإن نوى العيان لم يقع حتى يرى (ويقبل) منه دعوى إرادة ذلك (حكماً) لأن لفظه يحتمله ، (وهو هلال إلى الثالثة ثم بعدها) أي الثالثة (يقمر) أي يصير قمراً . (فإن لم تره) أي الهلال (حتى أقمر) وقد نوي حقيقة رؤيتها لم تطلق ، (أو علقه) أي الطلاق (على رؤية زيد) الهلال . وقد نوى حقيقة رؤيته ، (فلم يره حتى أقمر لم تطلق) لأنه ليس بهلال ، (و) لو قال : (إذا رأيت فلاناً فأنت طالق وأطلق) فلم يقيد رؤيته بشيء لا لفظاً ولا نية (فرأته ولو ميتاً أو) رآه (في ماء أو زجاج شفاف طلقت) لأنها رأته حقيقة . و(لا) تطلق (مع نية أو قرينة) تخصص الرؤية بحال إذا رأته على خلافها ، (وإن رأته مكرهة) لم تطلق لأن فعل المكره لاغ ، (أو رأت خياله في ماء أو مرآة أو رأت صورته على حائط أو غيره أو جالسة وهي عمياء لم تطلق) لأنها لم تره إلا أن تكون نيته أن لا تجتمع به ، (وتقدم في الصيام . وإن قال : أنت طالق ليلة القدر) في آخر صوم التطوع، (أو قال : إن كانت امرأتي في السوق فعبدي حر وإن كان عبدي في السوق فامرأتي طالق ، وكانا) أي العبد والمرأة (في السوق عتق العبد) لوجود شرط عتقه ، (ولم تطلق المرأة) لعدم وجود شرط طلاقها (لأن العبد عتق باللفظ الأول فلم يبق له في السوق عبد) ولو عكس فقال : إن كان عبدي في السوق فامرأتي طالق ، وإن كانت امرأتي في السوق فعبدي حر طلقت امرأته ولم يعتق عبده ، وإن كان الطلاق رجعياً فيما يظهر ، لأنه لم يبق له امرأة في السوق بعد اللفظ الأول .

(وإن قال) لزوجاته : (من بشرتني) بقدوم زيد فهي طالق ، (أو) قال : (من أخبرتني بقدوم زيد فهي طالق وأخبره به) أي بقدوم زيد (نساؤه) كلهن معاً ، (أو عدد) اثنتان أو ثلاث (منهن معاً طلقن) لأن من تقع على الواحدة فما زاد . قال تعالى: ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خيراً يَرَهُ ﴾ [٢] ، وقد حصل التبشير أو الإخبار من العدد معاً فطلقن لوجود الصفة . قال في المبدع : ويتوجه تحصل المباشرة بالمكاتبة وإرسال رسول بها . (وإن أخبرته متفرقات طلقت الأولى فقط إن كانت صادقة) لأن البشارة

---

(١) سبق تخريجه في كتاب الصيام .
(٢) سورة الزلزلة ، الآية : ٧ .

خبر يتغير به بشرة الوجه من سرور أو غم ، وإنما تحصل بالأول وهي عند الإطلاق للخبر . قال تعالى : ﴿ فَبَشِّرْ عِبَادِي ﴾ [1] فإن أريد الشر قيدت . قال تعالى : ﴿فَبَشِّرهم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴾ [2] ، (وإلا) أي وإن لم تكن الأولى صادقة ، (فأول صادقة بعدها) تطلق لحصول الغرض ببشارتها ، (ولا تطلق منهن كاذبة) لأن المراد من التبشير : الإخبار والإعلام ولا يحصل بالكذب ، (و) إن قال : (إن لبست) فأنت طالق ونوى معيناً دين وقبل حكماً ، (أو) قال : (إن لبست ثوباً فأنت طالق ونوى) ثوباً (معيناً دين وقبل حكماً) لأن لفظه يحتمله ، (و) لو قال : (إن قربت بكسر الراء دار أبيك) أو دار فلان (فأنت طالق لم يقع حتى تدخلها) أي الدار ، (و) إن قال : إن قربت (بضمها) أي الراء (تطلق بوقوفها تحت فنائها ولصوقها بجدارها) لأن مقتضاها ذلك كما ذكرته في حاشية المنتهى ، (و) إن قال : (أول من تقوم منكن فهي طالق ، أو) قال : (أول من قام من عبيدي فهو حر فقام الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق) قاله في الشرح والمبدع . لأنه لا أول فيهم ، ومقتضى ما تقدم في العتق يقع بواحدة ويخرج بقرعة . (وإن قام واحد) من العبيد (أو واحدة) من الزوجات (ولم يقم بعدهما أحد فوجهان) أطلقهما في الشرح والمبدع ، وقالا : فإن قلنا : لا يقع لم يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى ييأس من قيام واحدة منهن فتنحل يمينه . ومقتضى ما سبق في العتق أنه قع . (وإن قام اثنتان أو ثلاث دفعة واحدة ، ثم قامت أخرى وقع الطلاق بمن قام أولاً) لوجود الصفة فيهن وكذا العتق ، (وإن قال : أول من تقوم منكن وحدها) فهي طالق وقام اثنتان أو ثلاث (لم يقع) الطلاق لعدم وجود الصفة، لأنها لم تقم وحدها . (وإن قال آخر : من تدخل منكن الدار فهي طالق فدخل بعضهن لم يحكم بطلاق واحدة منهن) لاحتمال دخول غيرها بعدها (حتى ييأس من دخول غيرها بموته أو موتهن أو غير ذلك) كتغيير الدار بما يزيل اسمها ، (فيتبين وقوع الطلاق بآخرهن دخولاً من حين دخلت) الدار . وعلى قياس ما سبق كل من دخلت امتنع عليه وطؤها حتى تدخل غيرها لاحتمال أن تكون هي الأخيرة إن كان الطلاق بائناً، (وكذا الحكم في العتق) وتقدم في كتاب العتق . (وإن قال : إن دخل داري أحد فامرأتي طالق فدخلها هو) أي الحالف لم يحنث ، (أو قال لإنسان : إن دخل داري أحد فعبدي حر فدخلها صاحبها) المخاطب بهذا الكلام (لم يحنث) الحالف بذلك عملاً بقرينة الحال ، (وإن حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً أو جاهلاً حنث في طلاق وعتاق) لوجود شرطهما ، وإن لم يقصده كأنت طالق إن قدم الحاج ، ولأنهما يتعلق بهما حق آدمي فيتعلق الحكم مع النسيان والحمل كالإتلاف .

---

(١) سورة الزمر ، الآية : ١٧ . (٢) سورة التوبة ، الآية : ٣٤ .

و(لا) يحنث (في يمين مكفرة) مع النسيان والجهل، لأن الكفارة تجب لدفع الإثم ولا إثم عليهما . (وعنه لا يحنث في الجميع بل يمينه باقية ، واختاره الشيخ وغيره) لقوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ [1] ، ولقوله ﷺ : « إنَّ اللهَ تجاوزَ لأمّتِي الخطأ وَالنِّسْيَانَ ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ » [2] ، ولأنه غير قاصد للمخالفة ، أشبه النائم ، ولأنه أحد طرفي اليمين ، فاعتبر فيه القصد كحالة الابتداء ، قال الشيخ تقي الدين : ويدخل في هذا من فعله متأولاً ، إما تقليداً لمن أفتاه أو مقلداً لعالم ميت مصيباً كان أو مخطئاً . ويدخل في هذا : إذا خالع وفعل المحلوف عليه معتقداً أن الفعل بعد الخلع لم يتناوله به ، أو فعل المحلوف معتقداً زوال النكاح ، ولم يكن كذلك ، (وإن فعله) أي المحلوف عليه (مكرهاً) حنث لعدم إضافة الفعل إليه بخلاف الناسي ، (أو) فعله (مجنوناً أو مغمى عليه أو نائماً لم يحنث) كونه مغطى على عقله في هذه الأحوال ، (ومن يمتنع بيمينه) أي الحالف . (ويقصد) الحالف (منعه) من المحلوف عليه (كزوجته وولده وغلامه وقرابته إذا حلف عليه كهو في الجهل والنسيان والإكراه) فمن حلف على زوجته أو نحوها لا تدخل داراً فدخلتها مكرهة لم يحنث مطلقاً . وإن دخلتها جاهلة أو ناسية فعلى التفصيل السابق فلا يحنث في غير طلاق وعتاق . وفيهما الروايتان ، (و) حلفه على هؤلاء لا يفعلن شيئاً كحلفه على نفسه في (كونه يميناً) لحصول المقصود من اليمين به وهو المنع من ذلك الشيء ، فإن لم يقصد منعه بأن قال : إن قدمت زوجتي بلد كذا فهي طالق ولم يقصد منعها فهو تعليق محض يقع بقدومها كيف كان ، كمن لا يمتنع بيمينه ، (وإن حلف على من لا يمتنع) بيمينه (كالسلطان والأجنبي والحاج استوى) في وجود المحلوف عليه (العمد والسهو والإكراه وغيره أي يحنث الحالف في ذلك) لأنه تعليق محض فحنث بوجود المعلق عليه (وإن حلف على غيره ليفعلنه) أي ليفعلن كذا ، (أو) حلف على غيره (لا يفعلنه فخالفه حنث الحالف) لوجود الصفة وتوكيد الفعل المضارع المنفي بلا قليل . ومنه قوله تعالى : ﴿ لا يحطمنكُمْ سُلَيْمَانُ ﴾ [3] . (وقال الشيخ : لا يحنث) الحالف بمخالفة المحلوف عليه (إن قصد إكرامه لا إلزامه به) بالمحلوف عليه ، لأن الإكرام قد حصل ، (ويأتي في كتاب الإيمان : وإن حلف ليفعلنه) أي ليفعلن شيئاً (فتركه مكرهاً لم يحنث) لأن الترك لا ينسب إليه أي بتركه (وناسياً) يحنث في طلاق وعتق فقط في وجه . قال في تصحيح الفروع وهو قوي . والوجه الثاني لا يحنث فيهما . قال في

---

(1) سورة الأحزاب ، الآية : ٥ .

(2) سبق تخريجه مفصلاً .

(3) سورة النمل ، الآية : ١٨ .

تصحيح الفروع : وهو الصواب وقطع به في التنقيح وتبعه في المنتهى ، (أو) تركه (جاهلاً يحنث في طلاق وعتق فقط) كما تقدم فيما لو حلف لا يفعله ، (وإن عقدها) أي اليمين (يظن صدق نفسه فبان بخلافه) أي خلاف ظنه ، (فكمن حلف على مستقبل) لا يفعله ، (وفعله ناسياً يحنث في طلاق وعتق فقط) لا في يمين الله تعالى لما تقدم . ولو حلف لأشاركن فلاناً ففسخا الشركة وبقيت بينهما ديون مشتركة أو أعيان . قال أبو العباس : أفتيت أن اليمين تنحل بانفساخ عقد الشركة . (وإن حلف لا يدخل على فلان بيتاً أو) حلف (لا يكلمه) أي فلاناً ، (أو) حلف (لا يسلم عليه ، أو) حلف (لا يفارقه حتى يقضيه حقه فدخل) الحالف (بيتاً هو) أي فلان (فيه ولم يعلم) أنه في البيت ، (أو سلم) الحالف (على قوم هو) أي فلان المحلوف عليه (فيهم) ولم يعلم به ، (أو) سلم عليه ظنه أجنبياً ولم يعلم به ، (أو قضاه حقه ففارقه فخرج رديئاً ، أو أحاله بحقه ففارقه بهما ظناً أنه قد بريء حنث) الحالف بذلك ، لأنه فعل ما حلف عليه قاصداً لفعله ، فحنث كما لو تعمد (إلا في السلام) أي إلا إذا سلم على قوم هو فيهم ولم يعلم به ، أو سلم عليه يظنه أجنبياً ، (و) إلا في (الكلام) إذا حلف لا يكلمه فسلم عليه يظنه أجنبياً أو على قوم هو فيهم ولم يعلم لم يحنث ، لأنه لم يقصده بسلامه ولا كلامه ، فهو بمنزلة المستثنى منهم .

(وإن علم) الحالف أنه لا يسلم على فلان أو لا يكلمه (به) أي بفلان بأن علم أنه في القوم (في) حال (السلام) عليهم (ولم ينوه) بالسلام أو الكلام (ولم يستثنه بقلبه حنث) لأنه سلم عليهم وهو منهم ولم يستثنه ، فصار كما لو سلم عليه منفرداً . (وإن حلف) دلال مثلاً (لا يبيع لزيد ثوباً فوكل زيد من يدفعه) أي يدفع ثوبه (إلى من يبيعه فدفعه الوكيل إلى الحالف فباعه من غير علمه) من أنه لزيد (فكناسٍ) يحنث في طلاق وعتق فقط ، (ولو حلف) المدين (لا تأخذ حقك مني فأكره) المدين (على دفعه إليه) أي إلى رب الدين المحلوف عليه لا يأخذه فأخذه حنث ، (أو أخذه) أي أخذ رب دينه (منه) أي من المدين الحالف (قهراً حنث) لوجود الأخذ المحلوف عليه اختياراً .

(وإن أكره صاحب الحق على أخذه) فأخذه (فكما لو حلف لا يفعل شيئاً ففعله مكرهاً) فلا يحنث مطلقاً ، لأن الفعل لا ينسب إلى المكره ، (إن حلف لا يفعل شيئاً) ولا نية ولا قرينة لفعل بعضه ، لم يحنث ، (أو) حلف (على من يمتنع بيمينه كزوجة وقرابة) من نحو ولد ، وكذا غلامه (وقصد منعه) من فعل شيء ، (ولا نية ولا سبب ولا قرينة) تخصص الكل أو البعض ، (ففعل) المحلوف عليه (بعضه لم يحنث)

الحالف نص عليه فيمن حلف على امرأته لا تدخل بيت أختها لم تطلق حتى تدخلها كلها، ألا ترى أن عوف بن مالك . قال : كلي أو بعضي ، لأن الكل لا يكون بعضاً ؛ والبعض لا يكون كلا ؛ ولأنه ﷺ كان يخرج رأسه وهو معتكف إلى عائشة فترجله وهي حائض ، والمعتكف ممنوع من الخروج من المسجد والحائض ممنوعة من اللبث فيه ، (فلو كان في فمها) أي الزوجة (رطبة) أو تفاحة أو نحوها (فقال : إن أكلتها أو أمسكتها أو ألقيتها) بكسر التاء فيهن (فأنت طالق) ولا نية ولا قرينة ولا سبب (فأكلت بعضاً وألقت الباقي) أو أمسكته (لم يحنث) لأنها لم تأكلها ولم تلقها ولم تمسكها . (فإن نوى) بقوله : لا أفعل كذا أو على زوجته ونحها : لا تفعل كذا ، فعل (الجميع ، أو) فعل (البعض فيمينه على ما نوى) لأن النية مخصصة ، وكذا لو اقتضى سبب اليمين أحد الأمرين ، (وإن دلت قرينة تقتضي أحد الأمرين) الجميع أو البعض (تعلق) الحنث (به) أي بما دلت القرينة عليه (كمن حلف لا شربت هذا النهر أولا أكل الخبز) أو اللحم ، (أو لا شربت الماء وما أشبهه) كلا لبست الغزل ونحوه (مما علق على اسم أو جنس أو على اسم جمع كالمسلمين والمشركين والفقراء والمساكين حنث بالبعض) لأن فعل الجميع ممتنع فلا تنصرف اليمين إليه ، وقوله : اسم جمع أي اسم هو جمع ، فالإضافة بيانية بدليل الأمثلة ، وكذا اسم الجمع وكأولى وأولا ، (وإن حلف لا شربت من ماء الفرات فشرب من مائه حنث) سواء (كرع فيه) بأن شرب منه بفمه ، (أو غرف منه) بيده أو بإناء (كما لو حلف لا شربت من هذا البئر) فكرع منه أو اغترف، لأنه شرب منه ، وكذا العين . (و) كما لو حلف لا أكلت من هذه الشجرة فلقط من تحتها فأكل حنث كما لو أكل الثمرة وهي عليها بخلاف أكل ورقها وأطراف أغصانها . (و) كما لو حلف (لا شربت من هذه الشاة) فحلب في شيء وشرب منه فإنه يحنث، لأنه شرب منها ، (و) لو حلف لا شربت من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه حنث، لأنه شرب من مائه ، (و) إن حلف (لا شربت من الفرات فشرب من نهر يأخذ منه) أي الفرات (فوجهان) أطلقهما في الشرح وغيره أحدهما الحنث نظراً إلى أن القصد بالفرات ماؤه ، وهذا منه وعدمه نظراً إلى أن ما أخذه النهر يضاف إليه لا إلى الفرات ويزول بإضافته إليه عن إضافته إلى الفرات .

(وإن حلف) على شيء (ليفعلنه لم يبرأ حتى يفعله جميعه) لأن ذلك حقيقة اللفظ، ولأن مطلوبه تحصيل الفعل ، وهو كالأمر ولو أمر الله تعالى بشيء لم يخرج من العهدة إلا بفعل جميعه فكذا هنا ، (و) لو حلف (لا يدخل داراً فأدخلها بعض جسده أو دخل طاق الباب) منها لم يحنث ، لأنه لم يدخلها ، (أو) حلف (لا يشرب ماء هذا الإناء

فشرب بعضه) لم يحنث، لأنه لم يشربه ، (أو) حلف (لا يبيع عبده ولا يهبه فباع) بعضه (أو وهب بعضه لم يحنث) وكذا لو باع البعض ووهب البعض، لأنه لم يبعه ولم يهبه ، (وإن حلف) على امرأته أو غيرها (لا ألبس من غزلها ولم يقل ثوباً فلبس ثوباً فيه منه) أي من غزلها حنث، لأنه لبس من غزلها ، (أو) حلف (لا آكل طعاماً اشتريته) بكسر التاء للمخاطبة ، (فأكل طعاماً شوركت) بالبناء للمفعول (في شرائه) أي اشترته مع غيرها (حنث) إلا أن ينوي ما انفردت بشرائه ، (و) إن حلف (لا لبس ثوباً اشتراه زيد ، أو) حلف لا يلبس ثوباً (نسجه) زيد ، (أو) حلف (لا يأكل طعاماً طبخه) زيد مثلاً ، (أو) حلف (لا يدخل داراً له) أي لزيد (أو) حلف (لا يلبس ما خاطه) زيد (فلبس ثوباً نسجه هو) أي زيد (وغيره ، أو) لبس ثوباً (اشترياه) أي زيد وغيره (حنث) لأن شركة غيره معه لا تمنع نسبته وإضافته إليه، لأنها تكون للأدنى ملابسة ولا يخفي ما في كلامه من اللف والنشر (إلا أن تكون له نية) بأن نوى ما انفرد به فلا يحنث بما شورك فيه ، (وإن) حلف لا يأكل شيئاً مما اشتراه زيد ، (واشترى غيره شيئاً فخلطه بما اشتراه) زيد (فأكل) الحالف (أكثر مما اشتراه شريكه) أي شريك زيد (حنث) وجهاً واحداً لا يعلم بالضرورة أنه أكل مما اشتراه زيد وهو شرط الحنث .

(وإن أكل) الحالف (مثله) أي مثل ما اشتراه شريك زيد ، (أو) أكل (أقل منه لم يحنث) لأن الأصل عدم الحنث ولم يتضمنه ، وحكمه حكم ما لو حلف لا يأكل ثمرة فوقعت في تمر على ما يأتي ، ولو قايل زيد في مأكول كان باعه فأكل الحالف منه لم يحنث ، لأن الإقالة فسخ كما تقدم لا بيع على الأصح ، (ولو اشتراه) زيد (لغيره) بولاية أو وكالة فأكل الحالف منه حنث، لأنه أكل مما اشتراه زيد (أو باعه) أي باع زيد ما اشتراه (حنث) الحالف (بأكل) منه، لأن بيعه له لم يرفع شراءه إياه فصدق أنه أكل مما اشتراه زيد . (والشركة) وهي بيع البعض بقسطه من الثمن (والتولية) وهي بيع المبيع برأس ماله (والسلم والصلح على مال شري) يحنث بها من حلف لا يشتري ويحنث بالأكل مما ملكه زيد لها، لأنه صور من البيع ، وإن اختصت بأسماء كما تقدم . (وإن حلف بطلاق ما غصب فثبت) الغصب (بما يثبت به المال) فقط كرجل وامرأتين أو رجل ويمين أو بالنكول (لم تطلق) لأن الطلاق لا يثبت بذلك ، والأصل بقاء العصمة ولو حلف لا يستحق على فلان شيئاً فقامت بينة بسبب الحق من قرض أو نحوه دون أن يقولوا وهو عليه لم يحنث لإمكان صدقه بدفع ذلك أو براءته منه ، ولكن يحكم عليه بما شهدا به ، لأن الأصل بقاؤه عليه . انتهى .

باب التأويل في الحلف[1]

(وهو) أي التأويل (أن يريد) الحالف (بلفظه ما يخالف ظاهره) وتأتي أمثلته (سواء في ذلك) الحلف بـ (الطلاق والعتاق واليمين المكفرة) كالحلف بالله تعالى أو بالظهار أو النذر ، (فإن كان الحالف ظالماً كالذي يستحلفه الحاكم على حق عنده لم ينفعه تأويله) قال في المبدع: بغير خلاف نعلمه ومعناه في الشرح، (وكان يمينه منصرفة) إلى ظاهر الذي عني المستحلف لقول النبي ﷺ : « يَمِينُكَ مَا يُصَدِّقُكَ بِهِ صَاحِبُكَ » وفي لفظ : « اليَمِينُ عَلَى نِيَّةِ المُسْتَحْلِفِ » رواهما مسلم من حديث أبي هريرة .

(وإن كان) الحالف مظلوماً كالذي يستحلفه ظالم على شيء لو صدقه) أي أخبره به على وجه الصدق (لظلمه أو ظلم غيره أو نال مسلماً) قلت : أو كافراً محترماً (منه ضرر فهنا له تأويله) لحديث سويد بن حنظلة : « قال : خرجنا نريد رسول الله ﷺ ومعَنَا وَائِلُ بْنُ حَجَرٍ فأخذَه عَدُو له فتحرَّج القومُ أن يحلِفوا فحلَفْتُ أنَّهُ أخي فَخَلَى سبيلَهُ فأتينا النبي ﷺ فذكرنا لهُ ذلكَ فقالَ : كُنْتَ أبَرَّهُمْ وأصدقهم ، المُسْلِمُ أخُو المُسْلِمِ »[2] رواه أبو داود . وقال النبي ﷺ : « إنَّ فِي المَعَارِيضِ مَنْدُوحَةً عَنِ الكَذِبِ »[3] رواه الترمذي . قال محمد بن سيرين : الكلام أوسع من أن يكذب ظريف حض الظريف بذلك يعني الكيس الفطن كأنه يفطن التأويل فلا حاجة إلى الكذب ، (وكذا إن لم يكن) الحالف ظالماً ولا مظلوماً ولو (كان التأويل) بلا حاجة (إليه، لأنه ﷺ كان يمزح ولا يقول : إلا حقاً ، ومزاحه أن يوهم السامع بكلامه غير ما عناه وهو التأويل ، فقال ﷺ لعجوز : لا تدخل الجنة عجوز يعني أن الله ينشئهن أبكاراً عرباً أتراباً ، (ويقبل) منه (في الحكم) دعوى التأويل (مع قرب الاحتمال ، و) مع (توسطه) لعدم مخالفته للظاهر ، و(لا) تقبل دعوى التأويل (مع بعده) لمخالفته للظاهر ، ويأتي ذلك في جامع الأيمان بأوضح من هذا .

(فـ) من أمثلة التأويل أن (ينوي باللباس الليل ، و) ينوي (بالفراش والسباط الأرض ، و) ينوي (بالأوتاد الجبال ، و) ينوي (بالسقف والبناء السماء وبالإخوة إخوة الإسلام ، و) ينوي بقوله : (ما ذكرت فلاناً أي ما قطعت ذكره ، و) ينوي

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

(٢) القصة لم أجدها عند أبي داود في السنن ، والحديث متفق عليه وسبق تخريجه .

(٣) الحديث ذكره السيوطي في الجامع الكبير ، وعزاه للترمذي في السنن .

بقوله : (ما رأيته ما ضربت رئته ، و) ينوي (بنسائي طوالق أي نساؤه الأقارب كبناته وعماته وخالاته ونحوهن ، و) ينوي (بجواري أحرار سفنه ، و) ينوي بقوله : (ما كاتبت فلانة ولا عرفته ولا أعلمته ولا سألته حاجة ولا أكلت له دجاجة ولا فروجة ولا في بيتي فرش ولا حصير ولا بارية ويعني) أي يقصد (بالمكاتبة) في قوله : ما كاتبت فلاناً (مكاتبة الرقيق ، و) ينوي (بالتعريف) أي في قوله : ما عرفت فلاناً ما (جعلته عريفاً ، أو) ينوي (بالأعلام) في قوله : ما أعلمته (جعلته أعلم الشفة) أي مشقوقها أو ينوي (بالحاجة) في قوله : ما سألته حاجة (شجرة صغيرة ، و) ينوي (بالدجاجة في قوله) : ولا أكلت له دجاجة بتثليث الدال (الكبة من الغزل ، و) ينوب بـ (الفروجة) في قوله : لا أكلت له فروجه (الدراعة ، و) ينوي بـ (الفرش) في قوله : ولا في بيتي فرش (صغار الإبل ، و) ينوي بـ (الحصير) في قوله له : ما في بيته حصير (الحبس) وينوي بـ (البارئة) في قوله ما في بيته بارئة (السكين التي يبرأ بها) الأقلام (وما أكلت من هذا شيئاً ولا أخذت منه ، ويعني) بالمشاركة الباقي (بعد أكله وأخذه) فلا حنث في ذلك كله ، حيث لم يكن ظالماً ، لأن لفظه يحتمل ما نواه .



(فصل في الحيلة لإسقاط اليمين) [1]

ولا يجوز التحيل لإسقاط حكم اليمين كما لا يجوز التحيل لإسقاط الزكاة ونحوه مما تقدم بأدلته ، (ولا تسقط) اليمين أي حكمها (به) أي بالتحيل على إسقاطه . (وقد نص) الإمام (أحمد على مسائل من ذلك . وقال : من احتال بحيلة فهو حانث . قال ابن حامد : وغيره جملة مذهبه) أي الإمام أحمد (أنه لا يجوز التحيل في اليمين وأنه لا يخرج منها إلا بما ورد به سمع كنسيان) على ما تقدم تفصيله ، (وكإكراه واستثناء ، فإذا أكلا) أي أكل رجل وزوجته (تمراً أو نحوه مما له نوى) كمشمش وخوخ (فحلف) على زوجته (لتخبرني بعدد ما أكلت) بضم التاء أو كسرها (ولتميزن نوى ما أكلت ولم تعلم) المرأة ما أكلت ذلك ، (فإنها تفرط كل نواة وحدها) فيما إذا حلف لتميزن نوى ما أكلت إذ يتحقق بذلك نوى ما أكلت ، (وتعد له) أي لمن حلف عليها لتخبرنه بعدد ما أكلت (عدداً يتحقق دخول ما أكلت فيه مثل أن يعلم أن عدد ذلك ما بين مائة إلي ألف فتعد ذلك) أي الألف (كله) فيدخل فيه ما أكل ، (وكذلك إن قال : إن لم تخبريني بعدد حب هذه الرمانة) فأنت طالق ، (ولم تعلم عددها) أي عدد حبها فذكرت عدداً يدل على عدد حبها فيه ، (فإن كان ذلك نيته) بالحلف (لم يحنث) لأنها فعلت ما حلف عليه ، (وإن نوى الإخبار بكميته) أي بعدده (من غير نقص ولا

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

زيادة) حنث ، لأنها لم تفعل ما حلف عليه ، (أو أطلق) فلم ينو شيئاً مما سبق من الأمرين (حنث لأنه حيلة) والحيل غير جائزة لحل اليمين ، (وكذلك المسائل الآتية في هذا الفصل وشبهها ، وقد ذكروا) أي الأصحاب (من ذلك صوراً كثيرة ، وجوزه جماعة من الأصحاب والذي يقع به أن ذلك ليس مذهب لأحمد) رحمه الله ، لأن قواعد مذهبه وأصوله تأباه ، (فمن ذلك إذا حلف ليقعدن على بارية في بيته أو لا يدخله بارية ولم يكن فيه بارية ، فإنه يدخل فيه قصباً ينسجه فيه أو ينسج قصباً كان فيه) ويجلس عليها في البيت ولا يحنث ، لأنه لم يدخله بارية ، وإنما أدخله قصباً جزم به في المقنع والشرح وغيرهما ، وجزم في المنتهى وغيره بأنه يحنث بذلك .

(وإن حلف ليطبخن قدراً برطل ملح ويأكل منه ولا يجد طعم الملح فإنه يصلق فيه بيضاً) لأن الصفة وجدت ، لأن الملح لا يدخل في البيض ، (و) إن حلف (لا يأكل بيضاً ولا تفاحاً أو) حلف (ليأكلن ما في هذا الإناء فوجده بيضاً وتفاحاً ، فإنه يعمل من البيض ناطفاً) وهو نوع من الحلوى ، (و) يعمل (من التفاح شراباً) ويأكل منه بغير حنث ، لأن ذلك ليس بيض ولا تفاح ، (وإن كان على سلم) وفوقه امرأة وتحته أخرى (وحلف لا صعدت إليك) أيتها العليا (ولا نزلت إلى هذه) السفلى ، (ولا أقمت مكاني ساعة فلتنزل العليا ولتصعد السفلى) وتنحل يمينه لم يبق حنثه ممكناً لزوال الصورة المحلوفة عليها . (وإن حلف لا أقمت عليه) أي السلم ، (ولا نزلت عنه ولا صعدت فيه فإنه ينتقل إلى سلم آخر) فتنحل يمينه ، لأنه إنما نزل أو صعد من غيره . (وإن حلف) وهي في ماء (لا أقمت في هذا الماء ولا خرجت منه ، فإن كان) الماء (جارياً لم يحنث) أقام أو خرج (إذا نوى ذلك الماء بعينه) كذا في المقنع وغيره ، لأن الماء المحلوف عليه جرى وصار ، في غير ضرورة كونه جارياً فلم تحصل المخالفة في المحلوف عليه . وفي المنتهى لا يحنث إلا بقصد أو سبب . انتهى . فعلى كلام المصنف يحنث مع الإطلاق وعلى كلام صاحب المنتهى لا يحنث .

(وإن كان) الماء المحلوف عليه لا أقام فيه ولا خرج منه (واقفاً حنث ولو حمل منه مكرهاً) لأن إن ألغينا سند الخروج إليه منهم فهو مقيم فيه فيحنث أيضاً . وقال في المقنع : إن كان واقفاً حمل منه مكرهاً .



فصل

وإن استحلفه ظالم ما لفلان عندك وديعة وكان له أي لفلان (عنده) أي الحالف وديعة ، (فإنه يضمن بما الذي) أي الموصولة وبر في يمينه ، لأنه صادق (أو ينوي)

بحلفه ما لفلان عندي وديعة (غير الوديعة) التي عنده ، (أو) ينوي مكاناً (غير مكانها أو يستثنى بقلبه) بأن يقول في نفسه غير وديعة كذا ، (ولم يحنث) لأنه صادق (فإن لم يتأول) في يمينه (أثم) لكذبه وحلفه عليه متعمداً ، (وهو) أي إثم حلفه كاذباً (دون إثم إقراره بها) لعدم تعدي ضرره إلى غيره بخلاف الإقرار ، فإنه يتعدى ضرره لرب الوديعة فقوت عليه به ، (ويكفر) لحنثه إن كانت اليمين مكفرة ، (فلو لم يحلف) وضاعت الوديعة بسبب ذلك (لم يضمن) الوديعة (عند أبي الخطاب) وتقدم الكلام على ذلك في الوديعة مفصلاً .

(ولو سرقت منه امرأته شيئاً فحلف) عليها (بالطلاق لتصدقني) أي لتخبريني على وجه الصدق (أسرقت مني شيئاً أم لا وخافت إن صدقته فإنها قول سرقت منك ما سرقت منك وتعني بما الذي) فتكون صادقة ، (وإن حلف) عليها أي على امرأته (لما سرقت مني شيئاً فخانته في وديعة لم يحنث، لأن الخيانة ليست سرقة) لعدم الحرز (إلا أن ينوي) ذلك فيحنث، لأن السبب يقوم مقام النية لدلالته عليها، (وإن قال لها: أنت طالق إن لم أجامعك اليوم وأنت طالق إن اغتسلت منك اليوم) مع قدرته على استعمال الماء ولا تفوته صلاة مع الجماعة (فصلى العصر ثم جامعها واغتسل إن غابت الشمس) وصلى معه (لم يحنث) لأنه جامع في اليوم ولم يغتسل فيه ولم تفته الصلاة في الجماعة (إن لم يكن أراد بقوله : اغتسلت منك المجامعة) فيحنث لفعل ما حلف لا يفعله ، (و) إن قال : (أنت طالق إن لم أطأك في رمضان نهاراً فسافر) أي شرع في السفر بأن فارق بيوت قريته العامرة مريداً السفر (مسافة القصر ثم وطئها انحلت يمينه) ولا إثم عليه، لأنه مسافر . (وقال) الإمام (أحمد : لا يعجبني، لأنها حيلة) ولا تعجبني الحيلة في هذا ولا في غيره . وقال في رواية بكر بن محمد : إذا حلف على فعل شيء ثم احتال بحيلة فصار إليها ، فقد صار إلى ذلك الذي حلف عليه بعينه . وقال القاضي : الصحيح أنها تنحل به اليمين ويباح به الفطر ، لأن إرادة حل اليمين من المقاصد الصحيحة .

(وإن اشترى خمارين وله ثلاث نسوة) أو بنات ونحوهن (لتتخمرن كل واحدة عشرين يوماً من الشهر) بأحد الخمارين (اختمرت الكبرى والوسطى بهما عشرة أيام ثم أخذت الصغرى من الكبرى) خمارها (إلى آخر الشهر) فقد اختمرت الصغرى عشرين يوماً وتستمر الوسطى مختمرة إلى تمام العشرين فتمت لها العشرون ثم (اختمرت الكبرى بخمار الوسطى بعد العشرين إلى آخر الشهر) فكمل لها بهذه العشر مع العشر الأولى عشرون يوماً ، (وكذا ركوبهن لبغلهن ثلاث فراسخ) و(لا يحتمل كل بغل

أكثر من امرأة فقال) زوجهن : (أنتن طوالق إن لم تركب كل امرأة منكن فرسخين) فتركب الكبرى والوسطى البغلين فرسخاً ثم تركب الصغرى بغل الكبرى إلى تمام الثلاث ثم ركبت الكبرى بغل الوسطى بعد الفرسخين إلى تمام الثالث . (فإن حلف ليقسمن بينهن ثلاثين قارورة) وهي في الأصل إناء من زجاج ، والمراد هنا الأعم (عشر مملوءة وعشر فرغ وعشر منصفة قلب كل منصفة في مثلها) من المنصفات فتصير المملوءة خمسة عشر والفرغ خمسة عشر ، (فكل واحدة) من الثلاث (خمس مملوءة وخمس فرغ) وانحلت يمينه، (فإن كان له ثلاثون شاة، عشر نتجت كل واحدة ثلاث سخلات، وعشر نتجت كل واحدة سخلتين، وعشر نتجت كل واحدة سخلة ثم حلف بالطلاق ليقسمنها) أي الشاة مع سخالها (بينهن) أي بين نسائه الثلاث (لكل واحدة ثلاثون رأساً من غير أن يفرق بين شيء من السخال وأمهاتهن فإنه يعطي إحداهن العشر التي نتجت كل واحدة سخلتين) فقد كمل لها الثلاثون ، (ويقسم بين الزوجتين ما بقي بالسوية لكل واحدة) منهما (خمس مما نتاجها واحدة وخمس مما نتاجها) بكسر النون (ثلاث ، وإن حلف لا شربت هذا الماء ولا أرقته ولا تركته في الإناء) بكسر التاء للمخاطبة في الأفعال الثلاثة ، (ولا فعل ذلك غيرك فإن طرحت في الإناء ثوباً فشرب الماء ثم جففته لم يحنث) وكذا لو شربت هي أو غيرها بعضه وأراقت الباقي أو تركته كما تقدم فيمن لف على ممسك مأكولاً لا أكله ولا أمسكه ولا ألقاه . (وإن حلف ليقسمن هذا الزيت نصفين ولا يستعير كيلا ولا ميزاناً وهو ثمانية أرطال في ظرف ومعه) ظرف (آخر يسع خمسة) أرطال ، (و) ظرف (آخر يسع ثلاثة) أرطال (أخذ بظرف الثلاثة مرتين فألقاه في ظرف الخمسة وترك الخمسة) أي صبها في ظرف الثمانية وما بقي في الظرف (الثاني) وهو رطل (يضعه في الخامس ثم ملأ الثلاثي من الثماني وألقاه في الخماسي فيصير) فيه أربعة أرطال ، (و) بقي (الثماني أربعة) أرطال وحصلت القسمة بلا استعارة كيل ولا ميزان ، (ولو كان) الزيت (عشرة أرطال) وحلف ليقسمنه كما تقدم ، وكان (في ظرف ومعه ظرف) آخر (يسع ثلاثة) أرطال ، (و) ظرف (آخر يسع سبعة) أرطال (أخذ بظرف الثلاثة منه) أي من الزيت (ثلاث مرات وأفرغ في ظرف السبعة) فيمتلىء، و(يبقى في ظرف الثالثة من المرة الثالثة رطلان ثم ألقى ما في ظرف السبعة في ظرف العشرة ثم ألقى ما في الثلاثين وهو رطلان في ظرف السبعة ثم أخذ من ظرف العشرة ملء الثلاثي فألقاه في) ظرف (السبعة) على الرطلين (يبقى فيه خمسة) وفي ظرف العشرة خمسة وحصلت القسمة بلا استعارة كيل ولا ميزان فبر في يمينه .

(فإن قال) لزوجته : (إن ولدت ذكرين أو أنثيين أو حيين أو ميتين فأنت طالق

فولدت اثنتين ولم تطلق) فما جوابها (فـ) تقول : (قد ولدت ذكراً وأنثى حياً وميتاً) لأنهما ليس ذكرين ولا أنثيين ولا حيين ولا ميتين ، (فإن حلف) بالطلاق أني أحب الفتنة وأكره الحق وأشهد بما لم تره عيني ولا أخاف الله ولا من رسوله وأنا عدل مؤمن مع ذلك فلم يقع عليه الطلاق ، فهذا رجل يحب المال والولد (وهما فتنة ، قال تعالى : ﴿ إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلادُكُمْ فِتْنَةٌ ﴾ [1] ، (ويكره الموت) وهو حق ، قال تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ ﴾ [2] ، (وشهد بالبعث والنشور والحساب) ولم يرهما ولكن قام الدليل القاطع عليهما ، قال تعالى : ﴿ إِنَّ اللهَ يَبْعَثُ مَنْ فِي الْقُبُورِ ﴾ [3] ، وقال : ﴿إِنَّ اللهَ سَرِيعُ الْحِسَابِ ﴾ [4] ، (ولا يخاف من الله ولا من رسوله الظلم والجور) وهو الظلم في الحكم ، قال تعالى : ﴿ وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ ﴾ [5] ، وقد قام الدليل القاطع على عصمة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام .

(وإن حلف أن امرأته بعثت إليه فقالت : قد حرمت عليك وتزوجت بغيرك وأوجب عليك أن تنفذ لي نفقتي ونفقة زوجي ، وتكون) المرأة (على الحق في جميع ذلك) القول (فهذه امرأة زوجها أبوها) أو أخوها ونحوه (من مملوكه ثم بعث المملوك في تجارة ومات الأب) أو الأخ ونحوه ، (فإن البنت ترثه) وكذا الأخت ونحوها بشرط ، (وينفسخ نكاح العبد) لإرث زوجته له أو لبعضه (وتقضي العدة وتتزوج برجل) هو ابن عمها مثلاً (فتنفذ إليه ابعث إليّ من المال الذي لي) أو لزوجي (معك فهو مالي) أو مال زوجي وهي صادقة ، (وإن حلف أن خمسة زنوا بامرأة لزم الأول) منهم (القتل و) لزم (الثاني الرجم ، و) لزم (الثالث) الجلد مائة ، (و) لزم (الرابع نصف الجلد) خمسون ، (والخامس لم يلزمه) شيء مما ذكر ، (وبر في يمينه فالأول ذمي) والمرأة مسلمة فيقتل لنقضه العهد ، (والثاني محصن) فرجم ، (والثالث) حر (بكر) فيجلد مائة ويغرب عاماً ويأتي في بابه ، (والرابع عبد) يجلد خمسون ، (والخامس حربي لا يلزمه شيء من ذلك ، لأنه غير ملتزم لأحكامنا .

(فوائد) : جمع فائدة (في المخارج) أي التخلص (من مضائق الأيمان) أي قبل أن تنفع الحيل منها ، (و) في (ما يجوز استعماله حال عقد اليمين ، و) في (ما يتخلص به من المآثم) أي إثم الكذب في كلامه ، (و) ما يتخلص به من (الحنث) في حلفه

---

(1) سورة التغابن ، الآية : ١٥ .
(2) سورة آل عمران ، الآية : ١٨٥ .
(3) سورة الحج ، الآية : ٧ .
(4) سورة آل عمران ، الآية : ١٩٩ .
(5) سورة فصلت ، الآية : ٤٦ .

(إذا أراد تخويف امرأته بالطلاق فقال) لها : (إن خرجت من دارها أنت طالق ثلاثاً إن خرجت من الدار إلا بإذني ونوى بقلبه) بطالق (طالق من وثاق) بفتح الواو وكسرها أي قيد ، (أو) طالق (من العمل الفلاني كالخياطة والغزل والتطريز ، ونوى بقوله : ثلاثاً ثلاثة أيام ، فله) نيته، لأن لفظه يحتمله ، (فإن خرجت لم تطلق فيما بينه وبين الله تعالى رواية واحدة) لأنه أدرى بنيته (ويقع في الحكم كما تقدم ، لأن هذا الاحتمال بعيد) فإرادته مخالفة للظاهر فلا تقبل دعواه ، (وكذلك الحكم إذا نوى بقوله : طالق الطالق من الإبل وهي الناقة التي يطلقها الراعي وحدها أول الإبل إلى المرعى وحبس لبنها ولا يحلبها إلا عند الورد) أي وردها الماء ، (أو نوى بالطلاق الناقة يحل عقالها ، وكذا إن نوى) بقوله : أنت طالق (إن خرجت ذلك اليوم) ولم تخرج ، (أو) نوى (إن خرجت وعليها ثياب خز أو إبريسم أو غير ذلك) ولم تخرج كذلك ، (أو) نوى (إن خرجت عريانة ، أو) إن خرجت (راكبة بغلاً ونحوه) كفرس ولم تخرج كذلك ، (أو) نوى (إن خرجت ليلاً ، أو) إن خرجت (نهاراً فله نيته) لأن لفظه يحتمل ذلك ، (ومتى خرجت على غير الصفة التي نواها لم يحنث) فيما بينه وبين الله لكن لا يقبل منه ذلك حكماً لبعده ، (وكذا الحكم إذا قال : أنت طالق إن لبست ونوى ثوباً دون ثوب فله نيته) ويقبل منه حكماً إذ لا يُعد في ذلك وتقدم ، (وكذلك إن كانت يمينه بعتاق) على نحو ما تقدم ، (وكذا إن وضع يده على ضفيرة شعرها وقال : أنت طالق ، ونوى مخاطبة الضفيرة أو وضع يده على شعر عبده وقال : أنت حر ، ونوى مخاطبة الشعر) فله نيته ، (أو) وضع يده على الضفيرة وقال : (إن خرجت من الدار) أو إن سرقت مني شيئاً ، (أو إن) خنتني في مالي أو إن (أفشيت سري أو غير ذلك مما يريد منعها منه) ككلام زيد فأنت طالق مخاطباً للضفيرة (فله نيته) لأن لفظه يحتمل ما نواه به ، (وإن أراد ظالم أن يحلفه بالطلاق أو العتاق أن لا يفعل ما يجوز له فعله) كركوب دابته ودخول داره ، (أو) أراد أن يحلفه أن (يفعل ما لا يجوز له فعله) كسرقة ولواط أو أخذ مال الغير بغير حق (أو) أراد أن يحلفه (أنه لم يفعل كذا الشيء لم يلزمه الإقرار به) كبيع ونحوه فحلف ونوى شيئاً مما ذكرنا لم يحنث . قلت: وينبغي أن يقبل منه في الحكم أراده ذلك لقيام القرينة .

(وإن قال له) الظالم : (قل زوجتي) طالق ، (أو) قال له : قل (كل زوجة لي طالق إن فعلت كذا أو إن كنت فعلت كذا أو إن لم أفعل كذا فقال) ما قال له قله ، (ونوىَ) بقوله : زوجتي طالق (زوجته العمياء) أو الجذماء ونحوها ، (أو) نوى زوجته (اليهودية) أو النصرانية ، (أو) نوى بقوله : كل زوجة لي طالق (كل زوجة

له عمياء أو برصاء أو يهودية أو نصرانية أو عوراء أو خرساء أو حبشية أو رومية أو مكية ونحوه) كهندية أو صينية ، (أو نوى) بقوله : كل امرأة لي طالق (كل امرأة تزوجها بالصين أو البصرة أو بغيرها من المواضع) كبغداد وحلب (ولم تكن له زوجة على الصفة التي نواها وكان له زوجات على غيرها من الصفات) أو لم يكن تزوج بتلك المواضع (لم يحنث) لعدم وجود الصفة ، (وكذا حكم العتاق) إذا قال له : قل عبدي أو أمتي أو كل عبد لي أو كل أمة لي حرة إن كنت فعلت كذا أو إن فعلته أو إن لم أكن فعلته ، ونوى العبد الرومي أو الزنجي أو الأمة الهندية أو السندية وكان له عبد أو أمة بغير تلك الصفة فلا عتق ، (وكذلك إن قال : إن كنت فعلت كذا) فزوجتي طالق أو عبدي حر وأمتي حرة ، (ونوى إن كنت فعلته بالصين ونحوه) كاليمن والهند وغيره (من الأماكن التي لم يفعله فيها لم يحنث) لأنه صادق ، (فإن أحلفه مع الطلاق بصدقة جميع ما يملكه) بأن قال له : قل : زوجتي طالق ومالي أو كل ما لي صدقة إن لم أفعل كذا ونحوه ، (فحلف ونوى) بالطلاق شيئاً مما تقدم ونوى بالمال (جنساً من الأموال ليس في ملكه منه شيء لم يحنث) لما تقدم (كأن قال : جميع ما أملكه ونوى من الياقوت الأحمر أو الزبرجد الأخضر أو المسك أو العنبر أو الكبريت الأصفر أو نوعاً من أنواع البهار) كالقرنفل والدارصيني ، (أو) نوى (ما يملكه من السيوف والقسي والخطب وغير ذلك ، أيٌّ ذلك نوى ولم يكن في ملكه منه شيء لم يحنث) لما سبق ، (ولم يلزمه التصدق بشيء مما يملكه غيره وكذلك إن أحلفه عن رجل) أنه لا يعلم أين هو (أو) أحلفه (عن شيء غيره) أي غير الرجل من الحيوان أو غيره (أنه لا يعلم أين هو، وهو يعلم أنه في دار بعينها فحلف) أنه لا يعلم أين هو ، (ونوى أنه لا يعلم أين هو من الدار ، في أرضها أو في علوها أو في بعض مجالسها أو خزائنها أو غرفها أو سطحها وهو لا يعلم ذلك لم يحنث) لأن قوله مطابق للواقع ، (وكذلك إن كان معه في الدار فكبست عليه فحلف قبل فتح الباب أن ما فلاناً هنا . وأشار إلى راحة كفه، أو) أشار (إلى ما تحت يده لم يحنث) لأنه صادق ، (فإن أحلفه) الظالم (أن يأتيه به) أي بفلان (متى رآه فحلف) ليأتينه به متى رآه ، (ونوى متى رآه في داخل الكعبة أو الصين أو) في (غير ذلك من المواضع التي تتعذر رؤيتها فيها فلا يحنث إذا رآه في غيرها ولم يحضره) إليه ، لأنه لم يره على الصفة التي عينها .

(وإن أحلفه) الظالم (بالمشي إلى بيت الله الحرام الذي بمكة) بأن قال له : قل إن لم أفعل كذا ، أو إن كنت فعلته ، أو إن لم أفعله فعلي المشي إلى بيت الله الحرام الذي بمكة ، (فقال ذلك ونوى ببيت الله مسجد الجامع ، وبقوله : الحرام الذي بمكة بحجة أو

عمرة ، ثم وصله سراً بقوله : يلزمه إتمام حجة وعمرة فله نيته) لأن لفظه محتمل إذ المساجد بيوت الله ، والحرام على المحرم وعلى الحرم ، (ولا يلزمه شيء) لأن تلك ليست يميناً تدخلها الكفارة ، (فإن ابتدأ إحلافه بالله ، فقال له : قل والله فالحيلة أن يقول هو : « الله الذي لا إله إلا هو » ويدغم الهاء في الواو) أي يخفيها ما أمكن (حتى لا يفهم محلفه ذلك ، فإن قال له المحلف : أنا أحلفك بما أريد) إحلافك به ، (وقل أنت نعم كلما ذكرت أنا فصلاً ووقفت ، فقل أنت نعم ، وكتب له نسخة اليمين بالطلاق والعتاق والمشي إلى بيت الله الحرام وصدقة جميع ما يملكه ، فالحيلة أن ينوي بقوله نعم بهيمة الأنعام) لا حرف الجواب ، (ولا يحنث) بذلك، لأنه حلف لا منه إذن (فإن قال) الظالم : (اليمين التي أحلفك بها لازمة لك ، قل : نعم ، أو قال) الظالم (له) أي لمن استحلفه (قل اليمين التي تحلفني بها لازمة لي ، فقال : ونوى باليمين يده فله نيته ، وكذا إن قال له) الظالم : قل : (أيمان البيعة لازمة لك) فقال ذلك (أو قال له : قل : أيمان البيعة لازم لي، فقال) ذلك (ونوى بالأيمان الأيدي التي تبسط عند أخذ البيعة ويصفق بعضها على بعض فله نيته) لأن لفظه يصلح لذلك ويأتي في كتاب الأيمان بيان أيمان البيعة ، (وكذلك إن قال) الظالم لمن يستحلفه قل : (اليمين يميني والنية نيتك ، فقال) ذلك (ونوى بيمينه يده ، وبالنية البضعة) أي القطعة قدر ما تمضغ (من اللحم ، فله نيته) لأن لفظه صالح لذلك ، (فإن قال له : قل : إن فعلت كذا فامرأتي عليّ كظهر أمي ، فالحيلة) في عدم لزوم اليمين له (أن ينوي بالظهر ما يركب من الخيل والبغال وغيرها) كالحمير ، (فإذا نوى) بظهر أمه (ذلك لم يلزمه شيء ذكره القاضي في كتاب إبطال الحيل . وقال : هذا من الحيل المباحة) لأنه توصل به إلى مباح . (قال) القاضي : (فإن قال له : قل) : إن لم أفعل كذا أو إن فعلته أو إن كنت فعلته مثلاً (فأنا مظاهر من زوجتي . فالحيلة أن ينوي بقوله مظاهر مفاعل من ظهر الإنسان ، كأنه يقول : ظاهرتها ، فنظرت أينا أشد ظهراً . قال : والمظاهر أيضاً الذي قد لبس حريرة بين الدرعين ، وثوباً بين ثوبين فأي ذلك نوى فله نيته) لصلاحية اللفظ له ، (فإن قال) لمن يستحلفه : (قل) : إن فعلت كذا أو إن لم أفعله أو إن كنت فعلته (وإلا فقعيدة بيتي التي يجوز عليها أمري طالق وهي حرام ، فقال : ونوى بالقعيدة الغرارة) فله نيته ، (وقال في المستوعب : نسيجه) أي منسوجة (تنسج كهيئة العبية فله نيته) لأن اللفظ صالح لذلك .

(فإن قال) لمن يستحلفه : (قل) : إن فعلت كذا ونحوه (وإلا فمالي على المساكين صدقة ، فالحيلة أن ينوي بقوله : مالي على المساكين من دين) أو نحوه فيجعل ما اسماً موصولاً بالجار والمجرور ، (ولا دين) له (عليهم فلا يلزمه شيء) لعدم وجود الصفة،

(فإن قال) له في استحلافه : (قل) : إن فعلت كذا مثلاً (وإلا فكل مملوك حر .
فالحيلة أن ينوي بالمملوك الرقيق الملتوت بالزيت والسمن ، فإن قال له) حين استحلفه :
(قل) : إن فعلت كذا مثلاً (وإلا فكل عبد لي حر ، فالحيلة) لدفع الحنث (أن ينوي
بالحر غير ضد العبد ، وذلك) أي الحر الذي هو ضد العبد (أشياء . فالحر اسم للحية
الذكر ، والحر الفعل الجميل ، والحر من الرمل الذي ما وطيء ، فإن قال) له مريد
استحلافه : (قل) : إن فعلت كذا (وإلا فكل جارية لي حرة ، فالجارية السفينة
الجارية ، والجارية الإذن ، والجارية الريح ، والجارية العادة التي جرت ، فأي ذلك نوى
فله نيته) لأن اللفظ صالح له ، (والحرة : السحابة الكثيرة المطر ، و) الحرة (الكريمة
من النوق) فأيهما نوى فله نيته ، (فإن قال) مستلحفاً له : (قل) : إن لم أفعل كذا،
(وإلا فعبيدي أحرار ، فقال) ذلك (ونوى بالأحرار البقل ، فله نيته ، فإن النعام من
البقل يسمى أحراراً ، وما خشن تسمى ذكوراً ، فإن قال له : قل) إن فعلت كذا ، (وإلا
فجواري حرائر ، فقال) ذلك (ونوى بالأحرار البقل ، فله نيته ، فإن الناعم من البقل
يسمى أحراراً ، وما خشن تسمى ذكوراً ، فإن قال له : قل) : إن فعلت كذا (وإلا
فجواري حرائر ، فقال) ذلك (ونوى) بالجواري السفن الجارية أو نوى (بالحرائر الأيام
فله نيته ، فإن الأيام تسمى حرائر ، فإن قال) له في استحلافه : (قل) : إن فعلت
كذا فـ (كل شيء في ملكي صدقة) فقال (ونوى بالملك : محجة الطريق فله نيته .
وإن قال) له ظالم : (قل : جميع ما أملكه من عقار ودار وضيعة فهو وقف على
المساكين ، فقال : ونوى بالوقف السوار من العاج ، فله نيته ، فإن قال) لمن استحلفه :
(قل) : إن فعلت كذا (وإلا فعلي الحج ، فقال) ذلك (ونوى بالحج أخذ الطبيب ما
حول الشجة من الشعر فله نيته) لأنه يسمى حجاً ، (فإن قال) له إذا استحلفه : (قل)
إن فعلت كذا (وإلا فأنا محرم بحجة وعمرة ، فإن نوى بالحجة القصة من الشعر الذي
حوالي الشجة ، ونوى العمرة أن يبني الرجل بامرأة في بيت أهلها ، فله نيته لأن ذلك)
الرجل (يسمى معتمراً ، فإن قال) له مستحلفاً : (قل) : إن لم أفعل كذا وإلا فعليّ
الحج بكسر الحاء ، ونوى شجة الأذن فله نيته ، (فإن قال) لمن يستحلفه : (قل) : إن
لم أكن فعلت كذا مثلاً (وإلا فلا قبل الله منه صوماً ولا صلاة ونوى بالصوم زرق النعام
والنوع من الشجر ، ونوى بالصلاة بيتاً لأهل الكتاب يصلون فيه ، فله نيته ، وكذا إن
قال) في استحلافه له : (قل) : إن كنت فعلت كذا ، (وإلا فما صليت لليهود
والنصارى) فقال ذلك ، (ونوى بقوله : صليت ، أي أخذت بصلاء الفرس ، وهو ما
اتصل بخاصرته إلى فخذيه) وتقدم في كتاب الصلاة أن الصلوين عرقان أو عظمان في
جانبي الذنب ينحنيان في الركوع والسجود ، ومنه اشتقت الصلاة ، (أو نوى بصليت
أي شويت شيئاً في النار ، أو ينوي بما النافية ، وكذا إن قال : قل وإلا فأنا كافر بكذا

وكذا ، فقال : ونوى بالكافر المستتر المتغطي أو الساتر المغط) ومنه للزارع كافر ، (فله نيته) لأن لفظه يحتمله .

★ ★ ★

(فصل في الأيمان التي يستحلف بها النساء أزواجهن)[1]

إذا استحلفته زوجته (أن لا يتزوج عليها فحلف) لها على ذلك (ونوى شيئاً مما ذكرنا) بأن نوى أن لا يتزوج عليها يهودية أو نصرانية أو عمياء أو حبشية ونحوها أو أن لا يتزوج عليها بالصين أو نحوه من المواضع التي يريد التزوج بها (فله نيته) لأن لفظه يحتمله ، (فإن قالت له) زوجته : (قل : كل امرأة أطؤها غيرك فطالق وكل جارية أطؤها غيرك حرة ، فقال ذلك ولم يكن له زوجة غيرها ولم تكن في ملكه جارية ثم تزوج) عليها ، (أو اشترى جارية ووطئها) أي التي تزوجها واشتراها (لم تطلق) التي تزوجها (ولم تعتق) التي اشتراها، لأنها لم تكن حال التعليق زوجة ولا أمة له ، (وإن كان له وقت اليمين زوجات أو جوار فقال ذلك) أي كل امرأة أطؤها غيرك طالق وكل جارية أطؤها غيرك حرة (من غير نية تأويل ، فأي زوجة وطيء منهن غيرها طلقت وأي جارية وطئها منهن عتقت) لوجود الصفة ، (فإن نوى بقوله : كل جارية أطؤها) برجلي (أو) نوى (كل امرأة أطؤها غيرك برجلي فله نيته) لأن لفظه يصلح لذلك ، (ولا يحنث بجماع غيرها زوجة كانت) التي وطئها (أو سرية) أي جارية ، (فإن أرادت امرأته) التي استحلفته (الإشهاد عليه بهذه اليمين التي يحلف بها في جواريه وخاف أن يرفع إلى الحاكم فيصدقه فيما نواه ، فالحيلة أن يبيع جواريه ممن يثق به ويشهد على بيعهن شهوداً عدولاً من حيث لا تعلم الزوجة ثم بعد ذلك يحلف بعتق كل جارية يطؤها منهن وليس في ملكه شيء منهن ويشهد على) نفسه (وقت اليمين شهود البيع ليشهدوا له بالحالين جميعاً) وينفعه ذلك ، (وإن شهد غيرهم) أو غير شهود البيع (وأرخ الوقتين) وقت البيع ووقت اليمين (وبينهما من الفصل ما يتميز) به (كل وقت منهما عن الآخر كفاه ذلك) لحصول الغرض به (ثم بعد اليمين يقابل مشتري الجواري ويشتريهن منه ويطؤهن ولا يحنث) بذلك ، لأنهن لم يكن في ملكه حال الحلف (فإن رافعته) بعد ذلك (إلى الحاكم وأقامت البينة باليمين وبوطئهن أقام هو البينة أنه لم يكن وقت اليمين في ملكه شيء منهن) فيعرفها الحاكم أنه لا حنث عليه (ذكر ذلك صاحب المستوعب وغيره وهو صحيح كله متفق عليه إذا كان الحالف مظلوماً) وكذا ينفعه تأويله إن كان لا ظالماً ولا مظلوماً في ظاهر كلام أحمد وتقدم أول الباب .

★ ★ ★

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

باب الشك في الطلاق

(وهو) أي الشك لغة : ضد اليقين . واصطلاحاً : تردد على السواء ، والمراد (هنا مطلق التردد) سواء كان على السواء أو ترجح أحد الطرفين (إذا شك هل طلق) زوجته (أم لا) لم تطلق (أو شك في وجود شرطه) الذي علق عليه ، (ولو كان الشرط) الذي علق عليه الطلاق (عدمياً نحو) أنت طالق (لقد فعلت كذا أو) أنت طالق (إن لم أفعله اليوم فمضى) اليوم (وشك في فعله لم تطلق) لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بالشك ويشهد له قوله ﷺ : « فَلا ينصرفْ حتى يسمع صَوْتاً أو يجدَ رِيحاً » فأمره بالبناء على اليقين وإطراح الشك ، (وله) أي الزوج الشاك في الطلاق (الوطء) لأن الأصل الحل ومنع منه الخرقي ، لأنه شاك في حلها ، كما لو اشتبهت امرأته بأجنبية (لكن قال) الشيخ (الموفق ومن تابعه : الورع التزام الطلاق) لقوله ﷺ : « فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ فقدْ استَبْرأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ » [1] .

(فإن كان) الطلاق المشكوك فيه (رجعياً) ما دامت في العدة (إن كانت مدخولاً بها وإلا) يكن الطلاق رجعياً (جدد نكاحها) بأن يعقد بولي وشاهدي عدل وصداق (إن كانت غير مدخول بها ، أو) كانت مدخولاً بها ، و(قد انقضت عدتها ، وإن شك في) وقوع (طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها حتى تنقضي عدتها فيجوز لغيره نكاحها ، لأنه إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق) لأنه لم يوجد ما يعارضه (فلا تحل لغيره) كسائر الزوجات (انتهى) . ومعناه في المحرر والمنتهى ، (ولو حلف لا يأكل ثمرة فوقعت في ثمر) أو زريبة ، فوقعت في زبيب ونحوها (فأكل منه واحدة فأكثر إلى أن لا يبقى منه) أي الثمر (إلا واحدة ولم يدرأ كل المحلوف عليها أم لا لم تطلق ، ولا يتحقق حنثه حتى يأكل الثمر كله) لأنه إذا بقي منه واحدة احتمل أنها المحلوف عليها ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك ، (وإن حلف ليأكلنها) أي الثمرة فاختلطت بثمر واشتبهت (لم يتحقق بره حتى يعلم أنه أكلها) بأن يأكل الثمر كله لما سبق ، (وإذا شك في عدد الطلاق) بأن علم أنه طلق ولم يدر عدده (بني على اليقين ، فإن لم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً) فواحدة ، (أو قال : أنت طالق بعدد ما طلق فلان وجهل عدده) أي عدد ما طلق فلان (فواحدة) لأنها المتيقنة وما زاد عليها مشكوك فيه ، (وله مراجعتها) ما

---

(١) الحديث من المتفق عليه ، وسبق تخريجه .

دامت في العدة إن كان دخل بها ، (ويحل له وطؤها) لما تقدم ، (وإن قال لامرأتيه : إحداكما طالق ينوي واحدة) من امرأتيه (بعينها طلقت وحدها) لأنه عينها بنية أشبه ما لو عينها بلفظه ، فإن قال : أردت فلانة قبل، لأن ما قاله محتمل ولا يعرف إلا من جهته، (فإن لم ينو) معينة (أخرجت) المطلقة (بالقرعة) . روى عن عليّ وابن عباس ولا مخالف لهما في الصحابة . قال في المبدع : ولأنه إزالة ملك بني علي التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق ، وقد ثبت الأصل بقرعته ﷺ بين العبيد الستة ، ولأن الحق لواحد غير معين ، فوجب تعيينه بقرعة كإعتاق عبيده في مرضه وكالسفر بإحدى نسائه ، وكالمنسية . و(لا) يملك إخراجها (بتعيينه) بغير القرعة خلافاً لما ذهب إليه أكثر العلماء لما تقدم ، (ويجوز له وطء الباقي) من نسائه (بعد القرعة) لبقاء نكاحهن و(لا) يجوز له وطء إحداهن (قبلها) أي قبل القرعة لاحتمال أن تكون هي التي تقع عليها القرعة (إن كان الطلاق بائناً) فإن كان رجعياً جاز ، وإن وطيء الكل حصلت الرجعة (وتجب النفقة) للكل (حتى يقرع) لأنهن محبوسات لأجله ، وكل واحدة من حيث هي الأصل بقاء نكاحها ، فلا تسقط نفقتها بالشك . (وإن مات) بعد قوله لزوجتيه : إحداكما طالق ، (ولو) كان موته (بعد موت إحداهما) أي إحدى امرأتيه (قبل البيان) أي بيان المطلقة بأن لم يبين أنه نوى إحداهما بعينها ، ولم يكن أقرع بينهما (أقرع الورثة) بينهما ، فمن قرعت لم ترث ، (وإن ماتت المرأتان أو) ماتت (إحداهما) بعد قوله لهما : إحداكما طالق وقبل القرعة (عين المطلق) أي أقرع بينهما (لأجل الإرث) فمن قرعت لم تورث .

(فإن كان نوى المطلقة) أي عينها بنيته (حلف لورثة الأخرى أنه لم ينوها وورثها) لأنها زوجته ، أو إن ماتت إحداهما فقط حلف أنه لم ينو (الحية ولم يرث الميتة) إن كان الطلاق بائناً لانقطاع سبب التوارث وهي الزوجية ، (وإن كان ما نوى إحداهما أقرع) بينهما كما سبق (ولو قال لهما) أي لامرأتيه (أو) قال (لأمتيه : إحداكما طالق غداً أو حرة غداً فماتت إحداهما قبل الغد طلقت الباقية) من المرأتين (وعتقت) الباقية من الأمتين، لأنها تعينت محلاً للطلاق والعتق . قال في المبدع : وهل تطلق إذن أو منذ طلق فيه وجهان ، (وإن كن نساء) وقال لهن : إحداكن طالق غداً فماتت إحداهن قبل الغد ، (أو) كن (إماء) وقال لهن : إحداكن حرة غداً ، (فماتت إحداهن قبل الغد أو باع إحدى الإماء) قبل الغد (أقرع بين الباقي إذا جاء الغد) فمن وقعت عليها القرعة طلقت أو عتقت لما تقدم ، (وإن قال : امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء وإماء ونوى معينة) من نسائه أو إمائه (انصرف) الطلاق أو العتق (إليها) كما

لو عينها بلفظه ، (وإن نوى واحدة مبهمة) منهن (أخرجت بقرعة) لما تقدم ، (وإن لم ينو شيئاً طلقن) أي الزوجات كلهن (وعتقن) أي الإماء (كلهن) لأن امرأتي وأمتي مفرد مضاف لمعرفة فيعم . وروى عن ابن عباس وتقدم ذلك ، (وإن طلق واحدة) معينة (من نسائه وأنسيها أخرجت بقرعة) لأنه بعد النسيان لا يعلم المطلقة منهن ، فوجب أن تشرع القرعة فيها وتجب النفقة حتى يقرع (وتحل له الباقيات) بعد المخرجة بالقرعة ، لأن الأصل بقاء حلهن ، (وإن تبين) له (أن المطلقة غير التي خرجت عليها القرعة بأن تذكر (هو) ذلك تبين (أنها كانت محرمة عليه) حيث كان الطلاق بائناً ، لأنها صارت أجنبية بالطلاق ، (ويكون وقوع الطلاق من حين طلق) لأنه صدر من أهله في محله ونسيانه لا يرفعه ، (وترد إليه التي كانت خرجت عليها القرعة) لأنه ظهر أنها غير مطلقة والقرعة ليست بطلاق ولا كناية (إلا أن تكون) التي خرجت عليها القرعة (قد تزوجت) فلا ترد إليه ولا يبطل نكاحها ، لأن قوله لا يقبل على غيره ، (أو) إلا أن تكون (القرعة بحاكم) فلا ترد إليه ، لأن قوله لا يقبل إذن . قلت : إن أمكن إقامة البينة على ذلك وشهدت أن المطلقة غير المخرجة ردت إليه ، وإن تزوجت أو حكم بالقرعة .



★ ★ ★

فصل

وإن قال من له امرأتان : هذه المطلقة بل هذه طلقتا أي الأولى والثانية ، لأنه أقر بطلاق الأولى فقبل إقراره ثم قبل إقراره بطلاق الثانية ولم يقبل إقراره عن إقراره بطلاق الأولى ، لأن الواقع لا يرتفع ، (وكذلك لو كن) أي زوجاته (ثلاثاً فقال : هذه) المطلقة أو طالق أو طلقت هذه ، (بل هذه بل هذه طلقن كلهن) لما سبق ، (وإن قال: هذه أو هذه) طالق (بل هذه) طلقت الثالثة وإحدى الأولتين ، (أو قال : هذه أو هذه وهذه طلقت الثالثة) لجزمه بطلاقها ، (و) طلقت (إحدى الأولتين) لأن أو لأحد الشيئين فتخرج بقرعة ، وإن قال : طلقت هذه أو هذه) طلقت الأولى وإحدى الأخيرتين بقرعة ، (أو) قال : (أنت طالق وهذه وهذه طلقت الأولى وإحدى الأخيرتين) تخرج بقرعة ، (وإن قال) طلقت (هذه أو هاتين أخذ بالبيان) لأن أو لأحد الشيئين ، (فإن قال : هي) أي التي أرادها (الأولى طلقت وحدها) كما لو عينها بلفظه ، (وإن قال : ليست) التي أردتها (الأولى طلقت الأخيرتان) لتعينهما إذن محلاً للوقوع ، (وليس له الوطء قبل التعيين في كل موضع يقبل فيه تعيينه) كما لو اشتبهت زوجته بأجنبية ، (فإن وطيء) واحدة أو أكثر (لم يكن تعييناً) لغيرها ، (وإن ماتت إحداهما) أي إحدى

الزوجتين بعد وقوع الطلاق بإحداهما لا بعينها (لم يتعين الطلاق في الأخرى) بل إن كان نوى إحداهما بينها وإلا أقرع بينهما كما تقدم ، (وإن قال) زوج أربع : (طلقت هذه وهذه أو هذه وهذه ، فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أيهما) الأوليان أو الأخريان) إذ هو المتبادر من العبارة (كما لو قال : طلقت هاتين أو هاتين) فيقرع ، (فإن قال : هما الأوليان) تعينتا ، (أو) قال : هما (الأخريان تعين فيما عينه) لأنه أدرى بإرادته، (وإن قال : لم أطلق الأوليين تعين) الطلاق (في الأخريين) إلا أنه لم يبق غيرهما ، (أو) قال : (لم أطلق الأخريين تعين في الأوليين) لما تقدم ، وإن قال : إنما أشك في طلاق الثانية والأخريين) طلقت الأولى (لجزمه بطلاقها وبقي الشك في الثلاث) فيقرع بينهن على ما سبق، (ومتى فسر كلامه بمحتمل قبل منه) لأنه أدرى بما أراده، فلو قال: إنما أشك في طلاق الثانية والثالثة طلقت الأولى والأخيرة وأقرع بين المشكوك فيهما .

★ ★ ★

(فصل في حكم موت بعض الزوجات) [1]

فإن مات بعضهن أي بعض الزوجات في الأمثلة السابقة، (أو) مات (جميعهن أقرع بين الجميع فمن خرجت القرعة لها) بالطلاق (لم يرثها) إن كان بائناً، لأنها أجنبية ، (وإن مات بعضهن قبله) ومات (بعضهن بعده) وأقرع ورثته بينهن (فخرجت لميتة بعده لم ترثه) لأنها كانت بائناً حين موته ، (والباقيات يرثهن) إن عاش بعدهن، لأنهن زوجاته (ويرثنه) اللتين حيين بعده لبقاء نكاحهن ، (وإن قال بعد موتها : هذه التي طلقتها) لم يرثها لاعترافه بأنها ليست زوجته ، (أو قال في غير المعينة) بأن كان طلق مبهمة ، ثم قال عن الميتة منهن : (هذه التي أردتها لم يرثها) لاعترافه بانقطاع سبب الإرث (ويرث الباقيات) غيرها ، لأنهن زوجاته ، وسواء (صدقه ورثتهن أو لا) فإنه أدرى بما نواه ، (ولا يستحلف) على ما أراده ، لأنه لو نكل لم يقض عليه بنكوله في ذلك. وتقدم قوله حلف لورثة الأخرى ، (فإن مات) من طلق واحدة لا يعنيها من نسائه ، (فقال ورثته لإحداهن : هذه المطلقة ، فأقرت) بذلك حرمناها من ميراثه لاعترافها بأنها لا ترثه ، (أو أقر ورثتها بعد موتها) بأنها المطلقة (حرمناها ميراثه) إن كانت بائناً لاعترافها بانقطاع الزوجية .

(وإن أنكرت) أنها المطلقة (أو أنكر) ذلك (ورثتها) بعد موته (ولم تكن) للورثة (بينة فقولها أو قول ورثتها) لأنها منكرة ، (فإن شهد اثنان من ورثته) أي

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

الزوج (أنه طلقها) أي قبل موته طلاقاً يقطع ميراثها (قبلت شهادتهما إذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثه ، ولا) يتوفر (على من لا تقبل شهادتهما له كأمهما وجدتهما ، لأن ميراث إحدى الزوجات لا يرجع إلى ورثة الزوج) غير الزوجات ، (وإنما يتوفر على ضرائرها) فشهادتها لا تجر لهما نفعاً ولا تدفع عنهما ضرراً ، فلذلك قبلت ، (وإن ادعت إحدى الزوجات أنه طلقها طلاقاً تبين به فأنكرها فقوله) لأن الأصل عدمه ، (فإن مات) بعد دعواها المذكورة (لم ترثه) مؤاخذة لها بمقتضى اعترافها (وعليها العدة) لأن قولها لا يقبل فيما عليها ظاهراً .

★ ★ ★



إذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح (أي تزوج أخرى بعد قضاء عدتها) أي المطلقة ، (ثم مات) الزوج (ولم يعلم أيتهن طلقها فللتي تزوجها ربع ميراث النسوة) نص عليه ولا خلاف فيه بين أهل العلم ، لأنه لا شك فيها ، (ثم يقرع بين الأربع) الأول لإخراج المطلقة (فأيتهن خرجت قرعتها) بالطلاق (حرمت) الميراث إذا لم يتهم بقصد حرمانها (وورثه الباقيات) ثلاثة أرباع ميراث النسوة ، (وإن طلق) من نسائه (واحدة لا بعينها ، أو) طلق منهن واحدة (بعينها فأنسيها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة قبل القرعة) لأن إحدى الأربع طلقت وانقضت عدتها بيقين والقرعة إنما هي لتمييزها لا لوقوع الطلاق بها ، (ومتى علمناها) أي المطلقة منهن (بعينها إما بتعيينه) لها بأن قال : فلانة هي التي أردت طلاقها (أو بقرعة) بأن لم يكن نوى إحداهن وأقرعنا بينهن (فعدتها من حين طلقها) كالمعينة التي لم ينسها ، و(لا) تكون عدتها (من حين عينها) لأن العدة لم تجب بالتعيين بل بالطلاق ، فتكون من حينه ، (وإن مات الزوج قبل التعيين اعتددن) أي النساء التي طلق بعضهن ولم يعلم (بأطول الأجلين من عدة الوفاة ، أو) عدة (الطلاق) لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون المطلقة أو غيرها فلزمها الأطول ودخل فيه ما دونه ، (وعدة الطلاق من حين طلق) لما تقدم (وعدة الوفاة من حين موته وإن كان الطلاق رجعياً) ومات في العدة (فعليهن عدة الوفاة) لأن الرجعية زوجة ، ويأتي في العدد .

★ ★ ★



وإذا ادعت أن زوجها طلقها فأنكرها فقوله ، لأن الأصل بقاء النكاح ، (أو ادعت وجود صفة علق طلاقها عليها) بأن قال : إن قام زيد أو إن لم يقم يوم كذا فأنت طالق

فادعت أن الصفة وجدت فطلقت ، (فأنكرها فقوله) لأن الأصل بقاء النكاح إلا إذا علق طلاقها على حيضها فادعته فقولها أو علقه على ولادتها فادعتها فقولها أيضاً إن كان أقر بالحمل عند القاضي وأصحابه كما تقدم ، (فإن كان لها بينة) بما ادعت من طلاق لها أو وجود ما علق طلاقها عليه (قبلت) بينتها وعمل بها ، (ولا يقبل فيه) أي الطلاق (إلا رجلان عدلان) كالنكاح مما يطلع عليه الرجال غالباً وليس مالاً ولا يقصد به المال.

(وإن) اتفقا على أنه طلقها ، و(اختلفا في عدد الطلاق) فإن قالت : طلقتني ثلاثاً ، فقال : بل واحدة ، (فقوله) : لأنه منكر للزائد ، (فإن طلقها ثلاثاً وسمعت ذلك أو ثبت عندها بقول عدلين) أنه طلقها ثلاثاً (لم يحل لها تمكينه من نفسها) لأنها حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره ثم يعقد هو عليها ، (و) يجب (عليها) أن تفر منه ما استطاعت وأن تفتدي منه إن قدرت ولا تتزين له وتهرب) منه ، (ولا تقيم معه وتختفي في بلدها) ، و(لا تخرج منها) أي من بلدها (ولا تتزوج) غيره (حتى يظهر طلاقها) لئلا يتسلط عليها شخصان ، أحدهما يظهر النكاح والآخر يبطنه ، (ولا تقتله قصداً) بل تدفعه بالأسهل فالأسهل كالصائل ، (فإن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه فلا إثم عليها ولا ضمان في الباطن) عليها ، لأنها فعلت ما هي مأمورة به .

(فأما في الظاهر فإنها تؤاخذ بحكم القتل) لأن قولها غير مقبول في وقوع الثلاث عليه لتدفعه عن نفسها (ما لم يثبت صدقها) بشهادة عدلين فينتفي وجوب القتل في الظاهر أيضاً ، (وكذا لو ادعى نكاح امرأة كذباً وأقام شاهدي زور فحكم الحاكم له بالزوجية) فإن حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته الباطنة ، ولا تحل له بذلك وتدفعه بالأسهل فالأسهل كالصائل ، (وكذا لو تزوجها تزويجاً باطلاً) كفى عدتها (فسلمت إليه بذلك) التزويج فلا تحل له وتدفعه كما تقدم ، (وإذا طلقها ثلاثاً فشهد عليه أربعة أنه وطئها) بعد الطلاق الثلاث (أقيم عليه الحد نصاً) لأنه لا نكاح ولا شبهة نكاح ولم يعتبروا شبهة القول بأن طلاق الثلاث واحدة لضعف مأخذه ، (فإن جحد طلاقها) ثلاثاً ولم تقم به عليه بينة (ووطئها ثم قامت) عليه (بينة بطلاقه ، فلا حد عليه) لاحتمال غلطه أو نسيانه ، (فإن قال : وطئتها عالماً بأني كنت طلقتها ثلاثاً كان إقراراً منه بالزنا فيعتبر ما يعتبر في الإقرار بالزنا) بأن يقر أربعاً ولا يرجع حتى يحد مع ما يأتي في حد الزنا .



فصل

إن طار طائر فقال : زوج اثنتين فأكثر (إن كان هذا) الطائر (غراباً ففلانة طالق ، وإن لم يكن غراباً ففلانة طالق ، فهي) أي المطلقة منهما (كالمنسية) يقرع بينهما ، لأنه لا سبيل إلى معرفة المطلقة منهما عيناً فهما سواء . والقرعة طريق شرعي لإخراج المجهول فشرعت القرعة كما في المبهمة .

(وإن قال) من له زوجتان عن طائر : (إن كان غراباً ففلانة) كحفصة (طالق وإن كان حماماً ففلانة) كعمرة (طالق لم تطلق واحدة منهما إذا لم يعلم) أغراب أم حمام أم غيرهما ؟ لاحتمال كون الطائر ليس غراباً ولا حماماً ، ولأنه متيقن الحل وشاك في الحنث فلا يزول عن يقين النكاح بالشك ، (فإن قال) رجل عن طائر : (إن كان غراباً فأمتي حرة ، أو) قال : إن كان غراباً (فامرأتي طالق ثلاثاً ، وقال) رجل آخر : إن لم يكن غراباً مثله أي فأمتي حرة أو امرأتي طالق ثلاثاً (ولم يعلماه) أي يعلم الحالف الطائر غراباً أو غيره (لم تعتقا) أي الأمتان ، (ولم تطلقا) أي المرأتان ، لأن الحانث منهما ليس معلوماً ولا يحكم به في حق واحد منهما بعينه ، بل تبقى في حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكنى ، لأن كل واحدة منهما يقين نكاحها باق ووقع طلاقها مشكوك فيه (وحرم عليهما الوطء) لأن أحدهما حانث بيقين وامرأته محرمة عليه . وقد أشكل محرم الوطء عليهما جميعاً كما لو حنث في إحدي امرأته لا بعينها (إلا مع اعتقاد أحدهما خطأ الآخر) فإن من اعتقد خطأ رفيقه لا يحرم عليه وطء زوجته أو أمته ، ولا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه ممكن صدقه ، (فإن اشترى أحدهما أمة الآخر أقرع بينهما) أي بين الأمتين ، فمن خرجت لها القرعة عتقت ، (فإن وقعت القرعة على أمته) التي كانت له ابتداء (فولاؤها له) لأنه المعتق لها والولاء لمن أعتق ، (وإن وقعت) القرعة (على) الأمة (المشتراه فولاؤها موقوف حتى يتصادقا على أمر يتفقان عليه) لأن كلا منهما لا يدعيه إذن ، (فإن أقر كل) واحد (منهما أنه الحانث طلقت زوجتاهما وعتقت أمتاهما) مؤاخذة لكل منهما بإقراره على نفسه ، (وإن أقر أحدهما) بالحنث (حنث وحده) لإقراره ، (وإن ادعت امرأة أحدهما) عليه الحنث فقوله : (أو) ادعت (أمته عليه الحنث) فأنكر ، (فقوله) لأن الأصل عدمه ، (ولو كان عبد مشترك بين موسرين فقال أحدهما) عن طائر : (إن كان غراباً فنصيبي) من العبد (حر ، وقال) الشريك (الآخر : إن لم يكن غراباً فنصيبي حر ، عتق) العبد (على أحدهما) لأن أحدهما حانث قطعاً (فيميز بالقرعة) ويغرم قيمة نصيب شريكه ،

(والولاء له) لأنه معتق ، (فإن قال) سيد عبد وأمة : (إن كان) هذا الطائر (غراباً فعبدي حر ، وإن لم يكن غرباً فأمتي حرة ، ولم يعلم) أغراب أم غيره (عتق أحدهما) ويميز (بقرعة) لأنه لا طريق إلى العلم به إلا بها ، (فإن ادعى أحدهما ، أو) ادعى (كل منهما) أي من العبد والأمة (أنه الذي عتق) وأنكر السيد ، (فقول السيد مع يمينه) لأن الأصل معه ، (فإن قال) من له نساء وعبيد : (إن كان) هذا الطائر (غراباً فنساؤه طوالق ، وإن لم يكن غرباً فعبيده أحرار ، ولم يعلم) ما الطائر ؟ (منع من التصرف في الملكين) يعني من وطء الزوجات ومن بيع العبيد (حتى يتبين) أمر الطائر كما تقدم فيمن طلق واحدة من نسائه ونسيها ، (وعليه نفقة الجميع) من الزوجات والعبيد إن لم يتبين الحال أو يقرع ، (فإن لم يتبين) حال الطائر (وقال : لا أعلم ما الطائر ؟ أقرع بين النساء ورق العبيد) لأنه لا طريق إلى التمييز غيرها ، (فإن وقعت القرعة على الغراب طلق النساء ورق العبيد) أي بقوا في الرق ، (وإن خرجت) القرعة (على العبيد عتقوا ولم يطلقن) أي النساء لعدم خروج القرعة عليهن .

(وإن قال لامرأته ، و) لامرأة (أجنبية : إحداكما طالق) طلقت امرأته ، (أو قال: سلمى طالق وأسماها) أي امرأته طالق والأجنبية (سلمى) طلقت امرأته ، (أو قال لحماته : ابنتك طالق ولها بنت غيرها) أي غير امرأته (طلقت امرأته) لأن الأصل اعتبار كلام المكلف دون إلغائه ، فإذا أضافه إلى إحدى امرأتين وإحداهما زوجة ، أو إلى اسم وزوجته مسماة بذلك وجب صرفه إلى امرأته ، لأنه لو لم يصرف إليها لوقع لغواً ، (فإن قال : أردت الأجنبية) لم تطلق امرأته ، لأنه لم يصرح بطلاقها ولا لفظ فيما يقتضيه ولا نواه ، فوجب بقاء نكاحها على ما كان عليه ، فإن ادعى ذلك دين ، لأنه يحتمل ما قاله ، (ولم يقبل في الحكم) لأن غير زوجته ليست محلاً لطلاقه (إلا بقرينة دالة على إرادة الأجنبية) مثل (أن يدفع يمينه ظلماً أو يتخلص بها من مكروه) فيقبل منه في الحكم ، (وإن لم ينو زوجته ، ولا) نوى (الأجنبية طلقت زوجته) لأنها محل للطلاق ، (وإن نادى امرأته) هنداً (فأجابته امرأة له أخرى) فقال : أنت طالق يظنها المناداة طلقت المناداة فقط ، (أو) نادى امرأته هنداً وعنده امرأة له أخرى (لم تجبه وهي الحاضرة ، فقال : أنت طالق يظنها المناداة طلقت المناداة فقط) لأنه قصدها بخطابه ، وليست الأخرى مناداة ولا مقصودة بالطلاق فلم تطلق ، كما لو أراد أن يقول طاهر فسبق لسانه فقال : أنت طالق ، (فإن قال : علمت أنها) أي المجيبة أو الحاضرة التي لم تجب (غيرها) أي غير المناداة ، (وأوردت طلاق المناداة طلقتا معاً) أما المناداة، فلأنها المقصودة بالطلاق، وأما المجيبة أو الحاضرة، فلأنه واجهها بالطلاق مع

علمه أنها غير المناداة ، (فإن قال : أردت طلاق الثانية طلقت وحدها) لأنه خاطبها بالطلاق ونواها به ، ولا يطلق غيرها، لأن لفظه غير موجه إليها ولا هي منوية ، (وإن لقي أجنبية فظنها امرأته ، فقال : فلانة أنت طالق ، فإذا هي أجنبية طلقت امرأته نصاً) لأن قصد زوجته بصريح الطلاق ، (وكذا لو لم يسمها ، بل قال) لأجنبية ظنها زوجته (أنت طالق) طلقت امرأته لما مر ، (وإن علمها أجنبية) فقال : أنت طالق ، (وأراد بالطلاق زوجته طلقت) زوجته ، لأنه قصدها بالطلاق ، (وإن لم يردها) أي يرد زوجته (بالطلاق) وقد خاطب به أجنبية عالماً أنها أجنبية (لم تطلق) زوجته ، لأنه لم يقصدها بالطلاق ولم يخاطبها به ، (ولو لقي امرأته فظنها أجنبية فقال : أنت طالق ، أو) قال: (تنحي يا مطلقة لم تطلق امرأته)، قاله أبو بكر ونصره في الشرح ، لأنه لم يردها بذلك، وصححه في الاختيارات ، ويخرج على قول أبي حامد أنها تطلق ، قاله في المبدع وجزم به في المنتهى ، وقاله في شرحه على الأصح ، لأنه واجهها بصريح الطلاق فوقع ، كما لو علم أنها زوجته ، ولا أثر لظنه إياها أجنبية ، لأنه لا يزيد على عدم إرادة الطلاق .

(وكذا العتق) في جميع ما تقدم ، (وإن أوقع بزوجته كلمة وجهلها وشك هل هي طلاق أو ظهار ؟ لم يلزمه شيء) كمني في ثوب لا يدري من أيهما هو ؟ قال في الفروع: ويتوجه مثله من حلف يميناً ثم جهلها يريد ، أنه لغو ويؤيده قول أحمد في رجل قال له : حلفت بيمين لا أدري أي شيء هي ، قال : ليت أنك إذا دريت دريت أنا . وإن شك هل ظاهر أو حلف بالله تعالى لزمه بحنث كفارة يمين ، لأنها اليقين ، والأحوط كفارة الظهار ليبرأ بيقين والله أعلم .



باب الرجعة

بفتح الراء أفصح من كسرها . وقال الأزهري : الكسر أكثر ، (وهي) لغة: المرة من الرجوع . وشرعاً : (إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد) والأصل فيها قبل الإجماع . قوله تعالى : ﴿ وبُعولَتهنَّ أحقُّ بردِّهنَّ في ذلكَ إنْ أرادوا إصْلاحاً ﴾ [(١)] أي رجعة ، قاله الشافعي والعلماء . وقوله تعالى : ﴿ أَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوف ﴾ [(٢)] فخاطب الأزواج بالأمر ، ولم يجعل لهن اختياراً و« طلّقَ ﷺ حفْصَةَ ثُمَّ رَاجَعَهَا » [(٣)] رواه أبو داود من حديث عمر . وروي الشيخان عن ابن عمر قال : « طلقت امرأتي وهي حائض ، فسأل عمر النبي ﷺ فقال : مُرْهُ فليرَاجِعْهَا » [(٤)] .

(إذا طلق الحر امرأته ولو) كانت (أمة على حرة) فلا يشترط أن يكون عادم الطول ولا خائف العنت ، لأن الرجعة استدامة للعقد لا ابتداء له (بعد دخوله أو خلوته بها في نكاح صحيح أقل من ثلاث) بغير عوض ، فله مراجعتها ما دامت في العدة ، (أو) طلق (العبد واحدة ولو كانت زوجته حرة بغير عوض فله مراجعتها ما دامت في العدة) وملخصه : أن للرجعة أربعة شروط :

الأول : أن يكون دخل أو خلا بها ، لأن غيرها لا عدة عليها فلا تمكن رجعتها .

الثاني : أن يكون النكاح صحيحاً ، لأن من نكاحها فاسد تبين بالطلاق فلا تمكن رجعتها، ولأن الرجعة إعادة إلى النكاح ، فإذا لم تحل بالنكاح لعدم صحته وجب أن لا تحل بالرجعة إليه .

الثالث : أن يطلق دون ما يملكه من عدد الطلاق وهو الثلاث للحر والاثنتان للعبد ، لأن من استوفى عدد طلاقه لا تحل له مطلقته حتى تنكح زوجاً غيره فلا تمكن رجعتها لذلك .

الرابع : أن يكون الطلاق بغير عوض ، لأن العوض في الطلاق إنما جعل لتفتدي به المرأة نفسها من الزوج ولا يحصل ذلك مع ثبوت الرجعة ، فإذا وجدت هذه الشروط كان له رجعتها ما دامت في العدة للإجماع ودليله ما سبق .

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ . (٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٣١ .
(٣) ، (٤) سبق تخريجهما تفصيلاً .

(ولو) كان المطلق (مريضاً أو مسافراً أو محرماً) لأنها استدامة للنكاح لا ابتداء ، (وتقدم في محظورات الإحرام ويملكها) أي الرجعة (ولي مجنون) لأنها حق للمجنون يخشى فواته بانقضاء العدة فملك استيفاءه له كبقية حقوقه ، (ولا رجعة بعد انقضاء العدة) لمفهوم قوله تعالى : ﴿ وَبعُولَتهنَّ أحَقُّ بِرَدِّهنَّ فِي ذَلكَ ﴾ [1] ، (وتحصل الرجعة بلفظ من ألفاظها ، نحو راجعت امرأتي أو ارتجعتها أو أرجعتها أو رددتها أو أمسكتها) ، و(لا) تحصل الرجعة (بنكحتها أو تزوجتها) لأن هذا كناية ، والرجعة استباحة بضع مقصود ، فلا تحل بالكناية كالنكاح ، (وإن خاطبها) أي المطلقة بالرجعة (فـ) صفتها أن (يقول : راجعتك أو ارتجعتك أو أرجعتك أو رددتك أو أمسكتك ، فإن زاد بعد هذه الألفاظ : للمحبة أو الإهانة) لم يقدح في الرجعة ، (أو قال : أردت أني راجعتك لمحبتي إياك أو إهانة لك لم يقدح في الرجعة) لأنه أتى بالرجعة وبين سببها ، (وإن قال : أردت أني كنت أهينك أو أحبك وقد رددتك بفراقي إلى ذلك) أي المحبة أو الإهانة (فليس برجعة لحصول التضاد ، لأن الرجعة لا تراد بالفراق ، (وإن أطلق ولم ينو شيئاً) بقوله: راجعتك للمحبة أو الإهانة ونحوه (صحت) الرجعة، لأنه أتى بصريحها وضم إليه ما يحتمل أن يكون سببها وأن يكون غيره ، فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك ، (فالاحتياط أن يشهد ، وليس من شرطها) أي الرجعة (الإشهاد) لأنها لا تفتقر إلى قبول فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج ، ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع (لكن يستحب) الإشهاد عليها احتياطاً عن مقتضاه للشك (فيقول : اشهدا على أني راجعت امرأتي) إلى نكاحي (أو زوجتي أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي) ونحو ذلك مما يؤدي معناه .

(فلو أشهد وأوصى الشهود بكتمانها فصحيحة) لعدم اشتراط الإشهاد ، وعنه يجب الإشهاد عليها ، فإن لم يشهد لم تصح ، فإن أوصى الشهود بكتمانها لم تصح . وقال القاضي : يخرج على الروايتين في التواصي بكتمان النكاح ، (ولا تفتقر) الرجعة (إلى ولي ولا صداق ولا رضا المرأة ولا علمها ولا إذن سيدها) إن كانت أمة ، لأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية ، فلا يعتبر فيها شيء من ذلك ، (والرجعية زوجة يلحقها الطلاق والظهار واللعان والإيلاء وابتداء المدة) التي تضرب للمولي وهي الأربعة أشهر (من حين اليمين) لا من الرجعة ، (ويرث كل منهما صاحبه إن مات) بالإجماع ، (وإن خالعها صح خلعه) لأنها زوجة يصح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق ،

---

(1) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

وليس مقصود الخلع التحريم بل التخلص من ضرر الزوج ، على أنا نمنع أنها محرمة (ولها النفقة) وإن لم تكن حاملاً إلى انقضاء عدتها ، (ولا قسم لها) أي للرجعية (صرح به الموفق والشارح والزركشي في الحضانة ، ولعله مراد من أطلق) من الأصحاب أن الرجعية زوجة ، (ويباح لزوجها وطؤها ، و) يباح له (الخلوة) بها ، (و) يباح له (السفر بها ولها أن تتزين له وتسرف) لأنها في حكم الزوجات كما قبل الطلاق (وتحصل الرجعة بوطئها بلا إشهاد نوى الرجعة به أو لم ينو) به الرجعة ، لأن الطلاق سبب زوال الملك وقد انعقد مع الخيار . والوطء من المالك يمنع زواله كوطء البائع في مدة الخيار ، وكما ينقطع به التوكيل من طلاقها ، (ولا تحصل) رجعتها (بمباشرتها من القبلة) واللمس والنظر إلى فرجها بشهوة أو غيرها ولا بالخلوة بها والحديث معها) لأن ذلك كله ليس في معنى الوطء ، إذ الوطء يدل على ارتجاعها دلالة ظاهرة بخلاف ما ذكر، (ولا) تحصل الرجعة أيضاً (بإنكار الطلاق) لما سبق ، (ولا يصح تعليقها) أي الرجعة (بشرط فلو قال : راجعتكِ إن شئت ، أو إن قدم أبوك فقد راجعتك أو كلما طلقتك فقد راجعتك ، لم يصح) التعليق ، لأن الرجعة استباحة فرج مقصود أشبهت النكاح ، (ولو قال) للرجعية : (كلما راجعتك فقد طلقتك ، صح) التعليق (وطلقت) كلما راجعها ، (وإن راجعها في الردة من أحدهما) أي أحد الزوجين (لم يصح) الارتجاع كالنكاح ، (وهكذا ينبغي أن يكون) الحكم كذلك (إذا راجعها بعد إسلام أحدهما) فلا تصح رجعتها إذا طلقها ، ثم أسلمت أو أسلم ، ولم تكن كتابية ، (فإن كانت) المطلقة الرجعية (حاملاً باثنين فوضعت أحدهما لم تنقض عدتها به) حتى تضع الحمل كله ، (ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقيه) صح، لأنها لم تزل في العدة . (أو) راجعها بعد وضع الأول (قبل أن تضع الثاني ، صح) الارتجاع ، لأنها في العدة إذن ، (و) إن لم يراجعها حتى وضعت الحمل كله (انقضت عدتها به وأبيحت لغيره ولو لم تطهر) أي ينقطع نفاسها ، (أو تغتسل من النفاس) لأن العدة قد انقضت بوضع الحمل فبانت بذلك ، (وإن طهرت) الرجعية ذات الإقراء حرة (من الحيضة الثالثة) أو الأمة من الثانية (ولم تغتسل ، فله رجعتها) روى عن أبي بكر وعمر ، وعليّ وابن مسعود .

(فظاهره : ولو فرطت في الغسل سنين) لأن وطء الزوجة قبل الاغتسال من الحيض حرام لوجود أثر الحيض الذي يمنع الزوج من الوطء ، كما يمنعه الحيض . فوجب أن يمنع ذلك ما يمنعه الحيض ويوجب ما أوجبه الحيض ، كما قبل انقطاع الدم ، (ولم تبح للأزواج) قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة لما مر ، (وما عدا ذلك من انقطاع نفقتها

وعدم وقوع الطلاق بها وانتفاء الميراث وغير ذلك ، فإنه يحصل بانقطاع الدم) رواية واحدة . قاله في المحرر تبعاً للقاضي وغيره . انتهى .

★ ★ ★

(فصل في حكم زواج الرجعية)[1]

وإذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني (انقطعت عدة الأول بوطء الثاني) لا بمجرد العقد عليها، لأنه غير صحح ، فلا أثر له ، (وملك الزوج) الأول (رجعتها في مدة الحمل كما يملكه) أي ارتجاعها (بعد وضعها) الحمل ، (ولو قبل طهرها من نفاسها) لأن الرجعة باقية ، وإنما انقطعت لعارض كما لو وطئت في صلب نكاحه ، لكن لا يملك وطأها قبل وضع الحمل ولا قبل الغسل من النفاس ، (وإن أمكن أن يكون أكمل منهما) أي ممن طلقها ومن تزوجها في عدتها (فله) أي الأول (رجعتها قبل وضعه) لأنها في العدة ، (ولو بان أنه) أي الحمل (من الثاني) فرجعتها صحيحة لما سبق ، وإن راجعها بعد الوضع وبان الحمل من الثاني صحت رجعته ، وإن بان من الأول لم تصح ، لأن العدة انقضت بوضعه ، (وإن انقضت عدتها) أي الرجعية ، (ولم يرتجعها أو طلقها قبل الدخول) والخلوة (بانت ، ولم تحل إلا بنكاح جديد) بشروط ، وتقدم (وتعود) إليه (على ما بقي من طلاقها ، سواء رجعت) إليه (بعد نكاح غيره أو قبله) ، وسواء (وطئها الثاني أو لم يطأها) هذا قول عمر وعلي وابن مسعود وأبي هريرة ، وابن عمر وعمران بن حصين ومعاذ ، قاله أكثر العلماء، لأن وطء الثاني لا يحتاج إليه إلا في الإحلال للأول ، فلا يغير حكم الطلاق ، كوطء السيد كما لو عادت إليه قبل نكاح الآخر ، (وإن ارتجعها) المطلق (وأشهد على المراجعة من حيث لا تعلم ، فاعتدت ثم تزوجت من أصابها ، ردت إليه) أي إلى الذي كان راجعها بعد إقامة البينة ، لأن رجعته صحيحة ، لأنها لا تفتقر إلى رضاها ، فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها ونكاح الثاني غير صحيح ، لأنه تزوج امرأة غيره ، كما لو لم يكن طلقها (ولا يطؤها) المرتجع (حتى تنقضي عدتها) من الثاني، لأنها معتدة من غيره ، أشبه ما لو وطئت في أصل نكاحه ، (ولها على الثاني المهر) بما استحل من فرجها ، فإن لم يصبها فلا مهر عليه ، (وإن تزوجها) الثاني (مع علمها) أي علم الثاني والمطلقة (بالرجعة ، أو) تزوجها مع (علم أحدهما) بالرجعة ، (فالنكاح باطل) لأنها زوجة الغير ، ولا شبهة (والوطء محرم على من علم) منهما ، (وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره) لانتفاء الشبهة ، (وإن كان الثاني ما دخل بها ، فرق بينهما) لفساد النكاح ، (وردت إلى الأول) قال في المبدع بغير خلاف في المذهب ، (ولا شيء

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

عليَ الثاني) من مهر ، ولا حد لعدم موجبه ، (فإن لم تكن له) أي المطلق (بينة برجعتها لم تقبل دعواه) لقوله ﷺ : « لَوْ يُعْطَى الناسُ بِدَعْوَاهُمْ » الحديث ، ولأن الأصل عدم الرجعة ، (وإن صدقته هي وزوجها) الثاني (ردت إليه) أي الأول ، لأن تصديقهما أبلغ من إقامة البينة ، (وإن صدقه الزوج) الثاني (فقط انفسخ نكاحه) لاعترافه بفساده ، (ولم تسلم إلى الأول) لأن قول الثاني لا يقبل عليها ، وإنما يقبل في حقه ، (والقول قولها بغير يمين) صححه في المغني ، لأنها لو أقرت لم يقبل ، (فإن كان تصديقه) أي الثاني للأول في رجعتها (قبل دخوله بها فلها عليه نصف المهر) لأن الفرقة جاءت من قبله بتصديقه ، (و) إن كان تصديقه (بعده) أي بعد الدخول بها ، فـ (لها الجميع) أي جميع المهر ، لأنه استقر بالدخول .

(وإن صدقته) أي الأول في دعوى رجعتها (وحدها لم يقبل قولها في فسخ نكاح الثاني) للحديث السابق ، ولا يستحلف الثاني على ما اختاره القاضي، لأنه دعوى في النكاح ، واختار الخرقي بلى ، فيحلف على نفي العلم ، (فإن بانت منه) أي من الثاني (بطلاق أو غيره) لفسخ لعنة أو إعسار (ردت إلى الأول بغير عقد) جديد، لأن المنع من ردها إنما كان لحق الثاني ، كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه ، فإنه يعتق عليه ، (ولا يلزمها مهر للأول بحال) وإن صدقته (كما لو ارتدت أو أسلمت) تحت كافر (أو قتلت نفسها ، وإن مات الأول وهي في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه) أي الأول (لإقراره بزوجيتها وإقرارها بذلك) أي بزوجيته . قاله الموفق ومن تبعه ، وجزم به في إبطال نكاح الثاني (ويرثها الزوج الثاني) لأنها زوجته ظاهراً ، (فإن مات الثاني لم ترثه) لاعترافها بأنها ليست زوجة له . (قال الزركشي : ولا يمكن) أي الأول (من تزوج أختها ولا أربع سواها) مؤاخذة له بموجب دعواه . قلت : وكذا الثاني بطريق الأولى .

(وإن ادعت الرجعية أو البائن انقضاء عدتها قبل قولها إذا كان ممكناً) لقوله تعالى : ﴿ وَلا يحلُّ لَهُنَّ أنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أرْحَامِهِنَّ ﴾ (1) أي من الحمل والحيض ، فلولا أن قولهن مقبول لم يحرم عليهن كتمانه، ولأنه أمر تختص بمعرفته ، فكان القول قولها فيه كالنية (إلا أن تدعيه) أي انقضاء عدتها (الحرة بالحيض في شهر فلا يقبل إلا ببينة) ولو أنها امرأة واحدة نص عليه ، لقول شريح : « إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر ، وجاءت ببينة ، فقد انقضت عدتها وإلا فهي كاذبة ، فقال له علي :

---

(1) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

قالون » ومعناه بلسان الرومية : أصبت أو أحسنت ، ولأنه يندر جداً حصول ذلك في شهر ، فهو (كما لو ادعت خلاف عادة منتظمة) فلا يقبل فيها إلا ببينة .

★ ★ ★

(فصل في أقل العدة) (١)

وأقل ما يمكن أن تنقضي به أي فيه (عدة الحرة من الأقراء) أي بها ، (وهي) أي الأقراء (الحيض تسعة وعشرون يوماً ولحظة) بناء على أن أقل الحيض يوم وليلة وأقل الطهر بين الحيضتين ثلاثة عشر يوماً ، وذلك بأن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر لحظة لتعرف بها انقضاء الحيض ، وإن لم تكن اللحظة من عدتها ، فلا بد منها لمعرفة انقطاع الحيض ، ومن اعتبر الغسل فلا بد من وقت يمكن فيه الغسل بعد الانقطاع، (و) أقل ما تنقضي فيه عدة (الأمة) بالأقراء وهي الحيض (خمسة عشر) يوماً (ولحظة) بأن يكون طلقها في آخر طهرها وحاضت يوماً وليلة وطهرت ثلاثة عشر يوماً وحاضت يوماً وليلة واللحظة ليتحقق فيها الانقطاع كما تقدم .

(فإن ادعت) الحرة (انقضاءها) أي العدة بالحيض (في أكثر من شهر صدق) لما تقدم ، (و) إن ادعت انقضاءها بالحيض (في أقل من تسعة وعشرين يوماً ولحظة لا تسمع دعواها) انقضاءها (حتى يمر عليها ما يمكن صدقها) فيه كما لو مضى عليها أكثر من شهر (نظرنا ، فإن بقيت على دعواها المردودة لم تسمع) دعواها (أيضاً) لأنها عين التي ردت لعدم الإمكان ، (وإن ادعت انقضاءها في هذه المدة كلها ، أو) ادعت انقضاءها (فيما يمكن) انقضاؤها (فيها قبل قولها) لأن ذلك لا يعلم إلا من جهتها وهي مؤتمنة على نفسها ، (والفاسقة) والعدل (والمريضة) والصحيحة (والمسلمة والكافرة في ذلك) المذكورة من انقضاء العدة على التفصيل السابق ، (سواء) لأن ذلك متعلق بها دون غيرها ، (وإن ادعت انقضاءها) أي العدة (بوضع حمل تمام) ليس سقطاً (لم يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد) لأن ذلك أقل مدة الحمل كما تقدم ، (وإن ادعت أنها أسقطته) أي سقطت ما تنقضي به العدة (لم يقبل) قولها (في أقل من ثمانين يوماً) من حين إمكان الوطء بعد العقد ، لأن العدة لا تنقضي إلا بما يبين فيه خلق إنسان وأقل مدة يتبين فيها خلق إنسان أحد وثمانون يوماً كما تقدم ، (ولا تنقضي به) أي بما تلقيه المرأة (عدة قبل أن يصير مضغة) ويتبين فيه خلق إنسان كما لا تصير به أمة أم ولد ولا يثب به حكم نفاس ولا

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

وقوع طلاق معلق بولادة ونحو ذلك ، (وإن ادعت انقضاءها) أي العدة (بالشهور ولم يقبل قولها) بلا بينة ، (والقول قول الزوج) لأن الاختلاف في ذلك ينبني على الاختلاف في وقت الطلاق ، والقول قول الزوج فيه (إلا أن يدعي) الزوج (انقضاءها ليسقط نفقتها ، مثل أن يقول : في محرم طلقتك في شوال) فقد انقضت عدتك وسقطت نفقتك ، (فتقول هي : بل) طلقتني (في ذي القعدة) فعدتي ونفقتي باقيتان (فقولها) لأن الأصل عدم سقوط ذلك ، (فإن ادعت ذلك) أي عدم انقضاء عدتها ، (ولم يكن لها نفقة) كبائن وحائل (قبل قولها) لأنها مقرة على نفسها بما هو الأغلظ عليها ، (ولو انعكس الحال فقال) في المحرم (طلقتك في ذي القعدة) فلم تنقض عدتك (فلي رجعتك ، فقالت : بل) طلقتني (في شوال) فانقضت عدتي ، (فلا رجعة لك ، فقوله) لأنه يقبل قوله في أصل الطلاق فقبل قوله في وقته والأصل بقاء العصمة ، (وإن ادعى في عدتها أنه كان راجعها أمس ، أو) أنه كان راجعها (منذ شهر ، قبل قوله) لأنه يملك رجعتها فصح إقراره بها ، (فإن ادعاه) أي أنه كان راجعها أمس أو منذ شهر (بعد انقضائها) أي العدة (فأنكرته ، فقولها) لأنه ادعاه في زمن لا يملكها فيه والأصل عدمها وحصول البينونة ، (وإن قالت : قد انقضت عدتي فقال) بعد ذلك : (قد كنت راجعتك) فقولها لما تقدم ، (وإن سبق فقال : ارتجعتك فقالت : قد انقضت عدتي قبل رجعتك فأنكرها فقوله) لأنه أدعى الرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها ، ولأنه يملك الرجعة وقد صحت في الظاهر فلا يقبل قولها في إبطالها ، (وإن تداعيا) ذلك (معاً قدم قولنا) لتساقط قولهما مع التساوي والأصل عدم الرجعة ، (وإن اختلفا في الإصابة) قبل الطلاق ، (فقال : قد) كنت (أصبتك فلي رجعتك فأنكرته) فقولها ، لأن الأصل عدمها ، (أو قالت) بعد أن طلقها : (قد أصابني) أو خلا بي ، (فلي المهر كاملاً) فأنكرها ، (فقول المنكر) لأن الأصل عدمها وبراءته ، (وليس له رجعتها في الموضعين) لعدم قبول قول الدعي الإصابة ، (ولا تستحق فيهما) أي الموضعين (إلا نصف المهر إن كان اختلافهما قبل قبضه) مؤاخذة لها بإقراره في الأول ، ولأن الأصل براءته في الثاني ، (وإن كان) اختلافهما (بعده) أي بعد قبضه (وادعى إصابتها فأنكرت لم يرجع عليها بشيء) مؤاخذة له بمقتضى دعواه الإصابة ، (وإن كان هو المنكر) للإصابة (رجع) عليها بنصف المهر ، لأن الأصل عدمها كما تقدم ، (وإن ادعى زوج الأمة بعد) انقضاء (عدتها أنه كان راجعها في عدتها فأنكرته) الأمة (وصدقه مولاها ، فـ) القول (قولها نصاً) لأنه لا يتضمن إبطال حق الزوج لعدم قصدها إياه ، (وإن صدقته) أي صدقت مطلقها بعد انقضاء عدتها أنه كان راجعها قبله

(وكذبه مولاها) في ذلك (لم يقبل إقرارها في إبطال حق السيد) لأنه إقرار على غيرها فلا يقبل ، (فإن علم) السيد (صدق الزوج) في دعواه الرجعة قبل انقضاء عدتها بعده (لم يحل له) أي السيد (وطؤها ولا تزويجها) لأنها زوجة الغير ، (ولا يحل لها تمكينه) أي السيد (من وطئها كما قبل طلاقها ، ولو قالت : الرجعية انقضت عدتي ، ثم) رجعت ، و(قالت : ما انقضت عدتي فله رجعتها) حيث لم تتزوج كجحد أحدهما النكاح ثم يعترف به ، (ولو قال : أخبرتني بانقضاء عدتها ثم راجعتها ثم أقرت بكذبها في انقضائها) أي العدة ، (وأنكرت ما ذكر عنها) من إخبارها بانقضاء العدة ، (وأقرت بأن عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحة) لأنه لم يقر بانقضاء عدتها ، وإنما أخبر بخبر عن ذلك ، وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها .



(فصل في حكم غير المدخول بها)[1]

والمرأة إذا لم يدخل بها الزوج ولم يخل بها (تبينها تطليقة) ولو بلا عوض ، لأنه لا عدة عليها ، (فلا رجعة عليها ولا نفقة لها) كالمطلقة ثلاثاً ، (فإن طلقها ثلاثاً ، أو) طلق (العبد) طلقتين (اثنتين قبل الدخول أو بعده لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ممن يمكن الجماع ويطؤ) ها الزوج الثاني (في القبل مع انتشار) لقول ابن عباس : « كانَ الرجلُ إذا طَلّقَ امرأتَهُ فهُوَ أحقُّ برَجْعَها وإنْ طَلّقَهَا ثلاثاً فنسخَ ذلكَ قوله تعالى : ﴿ الطلاقُ مرّتَانِ إلى ﴾ قوله تعالى : ﴿ فإنْ طَلّقَهَا فَلا تحلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حتى تَنْكِحَ زوْجاً غَيرهُ ﴾ [2] رواه أبو داود والنسائي . وعن عروة وعائشة قالت : « كان الرجلُ يطلّقُ امرأتهُ ما شاء أن يطلقها وهيَ امرأتهُ إذا ارتجعَهَا وهيَ في العدة ، وإنْ طلّقها مائةَ مرة فأكثر حتى قالَ رجلٌ لامرأته : والله لا أطلقك فتبيني مني ولا أوتيكِ أبداً ، قالت : وكيف ذلك ؟ قال : أطلقك وكلما هممتُ أن تنقضي عدتك راجعتك فذهبت المرأة فدخلت على عائشة فأخبرتها فسكتت حتى جاء النبي ﷺ فأخبرتهُ ، فسكتَ النبي ﷺ حتى نزل القرآن العظيم: ﴿الطّلاق مرّتَان فإمساكٌ بمعروف أوْ تسريحٌ بإحْسان﴾[3] قالت عائشة : فاستأنف الناس الطلاق مستقبلاً مَنْ كان طلّقَ ومَنْ لم يكنْ طَلّقَ » رواه الترمذي ، ورواه أيضاً عن عروة مرسلاً . وذكر أنه أصح ويشهد لاشتراط وطء الزوج مع الانتشار حديث عائشة قالت : « جاءت امرأة رفَاعَةَ القُرَظي إلى النبي ﷺ فقالت : كنت عند رِفاعةَ القُرَظي فطَلّقني فبتَّ طلاقي فتزوجْتُ بعدهُ عَبْد الرحمن بن الزبير –

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٠ . (٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٩ .

بكسر الموحدة من تحت - وإنما مَعَهُ مِثْلُ هدْبة الثوب ، فقال : أتريدينَ أن ترجعي إلى رفاعةَ ؟ لا ، حتى تَذُوقي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَك »[1] رواه الجماعة . وروت عائشة أن النبي ﷺ قال : « العُسَيْلَةُ هِيَ الجماعُ » واعتبر كون الوطء في القبل ، لأن الوطء المعتبر في الزوجة شرعاً لا يكون في غير القبل ، (ولو كان) الزوج الواطيء (خصياً أو مسلولاً أو موطوءاً) وتقدم معنى سل الخصيتين ووجائهما ، (أو) كان (مملوكاً أو لم يبلغ هو أو هي عشراً) من السنين ، (أو مجنوناً أو نائماً أو مغمى عليه وأدخلت ذكره في فرجها أو كانا) أي الزوج والزوجة (مجنونين أو وطئها فأفضاها أو ظنها سرية أو أجنبية) لدخول ذلك كله في عموم : ﴿ حتى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾[2] وعموم « حتى تَذُوقي عسَيْلَتَهُ ويذُوقَ عسَيْلَتَكِ » (وتعود بطلاق ثلاث) حكاه ابن المنذر إجماعاً (وأدني ما يكفي) من الوطء حتى تحل لمطلقها ثلاثاً ، (فإن كان) الزوج الثاني (مجبوباً قد بقي من ذكره قدر الحشفة فأكثر فأولجه) مع الانتشار في قبلها (أحلها) لمطلقها ثلاثاً ، لأن ذلك بمنزلة الحشفة من غيره ، (وإلا) أي وإن لم يبق من ذكره قدر الحشفة ، بل دونه (فلا) يحلها إيلاجه ، لأنه بمنزلة إيلاج بعض الحشفة ولا تعلق به أحكام الوطء، (ولا يحلها) أي المطلقة ثلاثاً (وطء السيد إن كانت أمة) لأنه ليس بزوج ، (ولا) يحلها أيضاً (في نكاح فاسد) كنكاح المحلل والشغار والمتعة ، (أو) الوطء في نكاح (باطل أو بشبهة) لأنه لا يسمى نكاحاً شرعاً ، (أو) الوطء (في ردته) أي ردة الزوج الثاني، لأنه إن لم يسلم في العدة لم يصادف الوطء نكاحاً ، وإن عاد إلى الإسلام ، فقد وقع الوطء في نكاح غير تام لانعقاد سبب البينونة ، (أو) في (ردتها) لما ذكر (أو في الدبر) لأن الحل متعلق بذوق العسيلة ، ولا يحصل به ، (أو وطئها قبل إسلام الآخر) بأن عقد عليها حال كفرهما ، فأسلمت ، ثم وطئها ، أو أسلم ، وليست كتابية فوطئها فلا تحل لما سبق في المرتد ، (أو في حيض أو نفاس أو إحرام منهما ، أو) إحرام (من أحدهما ، أو صوم فرض منهما ، أو) صوم فرض (من أحدهما) لأنه وطء حرم لحق الله تعالى ، فلم يحلها كالوطء في النكاح الباطل (إلا إن وطئها وهي محرمة الوطء لضيق وقت الصلاة ، أو) وطئها (مريضة تتضرر بوطئه ، أو) وطئها (في المسجد ، أو) وهي محرمة (لقبض مهر) فإن الوطء يحلها له في هذه الصورة ، لأن الحرمة هنا لا معنى فيها لحق الله تعالى بخلاف ما تقدم .

---

(١) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب الشهادات ، باب شهادة المختبيء ، وأخرجه مسلم في كتاب النكاح ، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً . والعسيلة بالتصغير هي تصغير العسل وبها شبهت لذة الجماع .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٠ .

(وإن كانت) المطلقة ثلاثاً (أمة فاشتراها مطلقها لم تحل له) حتى تنكح زوجاً غيره، ويطأها كما تقدم لقوله تعالى : ﴿ فَلا تحلّ لَهُ مِن بعدُ حتى تَنْكحَ زَوْجاً غيرهُ ﴾[1] (وإن كانت ذمية فوطئها زوجها الذمي) في نكاح يقران عليه ، لو أسلما أو ترافعا إلينا كما أشار إليه الشيخ تقي الدين (أحلها لمطلقها المسلم نصاً) لأنه زوج (ولو تزوجها) أي تزوج امرأة (وهو عبد فلم يطلقها حتى تعتق) فله عليها الثلاث ، (أو) تزوجها وهو عبد ، و(طلقها واحدة ثم عتق فله عليها الثلاث تطليقات) اعتباراً بحاله حينئذ (ككافر حر ، طلق) امرأته (اثنتين ثم استرق ، ثم تزوجها) فله الثالثة ، لأن الطلقتين لم تقعا محرمتين ، و(لا) يملك العبد تمام الثلاث (إن عتق بعد طلاقه اثنتين) لأنهما وقعتا محرمتين ، فلم يتغير حكمهما بعتقه بعدهما ، (ولو تزوجها وهو حر كافر فسبي واسترق) وحده أو معها ، (ثم أسلما جميعاً ، لم يملك إلا طلاق العبد) اعتباراً بحال الإيقاع ، (ولو طلقها في كفره واحدة وراجعها ، ثم سبي واسترق لم يملك إلا طلقة) لما تقدم .

(ولو علق) عبد (طلاقاً ثلاثاً بشرط غير عتقه فوجد الشرط بعد عتقه) كما لو قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً وعتق ، ثم دخلتها (لزمته الثلاث) اعتباراً بوقت الوقوع ، (وفي تعليقها) أي الثلاث (بعتقه) بأن قال لها : إن عتقت فأنت طالق ثلاثاً إذا أعتق (تبقى له طلقة) . قال في المبدع : في الأصح ، (وإن غاب عن مطلقته ثلاثاً، ثم أتته ، فذكرت) له (أنها نكحت من أصابها وانقضت عدتها منه ، وكان ذلك ممكناً) بأن مضى زمن يسعه (فله نكاحها إذا غلب على ظنه صدقها ، إما بأمانتها أو بخبر غيرها ممن يعرف حالها) لأنها مؤتمنة على نفسها وعلى ما أخبرت به عنها ، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها فتعين الرجوع إلى قولها ؛ كما لو أخبرت بانقضاء عدتها ، (وإلا) أي وإن لم يكن ذلك ، أو لم يعرف ما يغلب على ظنه صدقها ، (فلا) تحل له ، لأن الأصل التحريم ، فوجب البقاء على الأصل كما لو أخبره عن حالها فاسق ، (فلو أنكر الزوج الثاني وطأها وادعته) أي الوطء (منه ، فالقول قوله في تنصيف المهر إذا لم يقر بالخلوة بها) لأن الأصل براءته منه ، (والقول قولها في إباحتها للأول) لأنها مؤتمنة على نفسها ، (فإن صدقه) أي الثاني (الأول) على أنه لم يطأها (لم يحل له) أي الأول (نكاحها) لأنه مقر على نفسه بتحريمها عليه، (فإن عاد) الأول (فصدقها) على أن الثاني وطئها (أبيحت له) لأنه إذا علم حلها لم

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٠ .

تحرم بكذبه ، ولأنه قد يعلم في المستقبل ما لم يكن علمه في الماضي ، ولو قال الأول : ما أعلم أن الثاني أصابها لم تحرم عليه ، لأن المعتبر في حلها له خبر يغلب على ظنه صدقها لا حقيقة العلم ، (وكذا لو تزوجت حاضراً وفارقها وادعت إصابتها منه وهو منكرها) فالقول قوله في تنصيف المهر وتؤاخذ بقولها في وجوب العدة عليها ، وفيما يجب عليها الوطء ، وكذا لو أنكر أصل النكاح ولمطلقها ثلاثاً نكاحها إذا غلب على ظنه صدقها ، (ولو جاءت) امرأة (حاكماً وادعت أن زوجها طلقها وانقضت عدتها جاز) للحاكم (تزويجها ، و) جاز (تزويجها إن صدقها ، وكان الزوج مجهولاً ولم تعينه ، وإن لم يثبت أنه طلقها . قال الشيخ : كمعاملة عبد لم يثبت عتقه . وقال: ونص أحمد أنه إذا كتب إليها أنه طلقها لم تتزوج حتى يثبت الطلاق) لاحتمال إنكاره ، (وكذلك لو كان للمرأة زوج ، أي معروف فادعت أنه طلقها ، لم تتزوج بمجرد ذلك باتفاق المسلمين) لأن الأصل عدم الطلاق بخلاف ما إذا ادعت أنه تزوجها من أصابها وطلقها ولم تعينه ، فإن النكاح لم يثبت لمعين ، بل لمجهول فهو كما لو قال : عندي مال لشخص وسلمته إليه ، فإنه لا يكون إقراراً بالاتفاق ، فكذلك قولها كان لي زوج وطلقني وسيد ، وأعتقني ، ولو قالت : تزوجني فلان وطلقني فهو كالإقرار بالمال وادعاء الوفاء ، والمذهب أنه لا يكون إقراراً ذكره في الاختيارات ، فعليه قول المصنف إن كان الزوج مجهولاً ليس بقيد ، وكذلك قال في المبدع والمنتهى وغيرهما ، لا سيما إن كان الزوج لا يعرف ، (فإن قالت : قد تزوجت من أصابني ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها) مطلقها ثلاثاً ، (لم يجز) له (العقد) عليها ، لأن الخبر المبيح للعقد قد زال فزالت الإباحة ، (وإن كان) رجوعها (بعده) أي بعد العقد عليها (لم يقبل) رجوعها لتعلق حق الزوج بها ، (كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ، ثم رجعت عن الإقرار) له بالزوجية فإنه لا يقبل منها الرجوع لتعلق حقه بها ، (وإن طلقها رجعياً وغاب) عنها (فقضت عدتها وأرادت التزوج فقال لها وكيله : توقفي) عن التزوج (كيلا لا يكون راجعك لم يجب عليها التوقف) لأن الأصل عدم الرجعة واحتمالها دليل عليه .



باب الإيلاء

بالمدلغة الحلف ، (وهو) مصدر آلي يولي إيلاء وألية ، وقال : تألى يتألى . وفي الخبر من يتأل على الله يكذبه . والألية اليمين وجمعها ألايا ، كخطايا . قال كثير :

قليل الألايا حافظ ليمينه　　إذا صدرت منه الألية برت

وكذلك الألوة بسكون اللام وتثليث الهمزة . وشرعاً : (حلف زوج) لا سيد (يمكنه الجماع) عنين ومجبوب (بالله تعالى أو بصفة من صفاته) لا بنذر أو طلاق ونحوه (على ترك وطء امرأته الممكن جماعها) لارتقاء ونحوها ، (ولو) كان حلفه على ترك وطئها (قبل الدخول في قبل) لا دبر (أبداً أو يطلق) في حلفه لا يطؤها ، (أو) يحلف لا يطؤها (أكثر من أربعة أشهر أو ينويها) لأربعة أشهر فأقل .

(وهو) أي الإيلاء (محرم في ظاهر كلامهم ، لأنه يمين على ترك واجب) قاله في الفروع ، (وكان هو والظهار طلاقاً في الجاهلية) . قال في الفروع : ذكره جماعة وذكره آخرون في ظهار المرأة من الزوج . ذكر أحمد في الظهار عن أبي قلابة وقتادة . والأصل في الإيلاء قوله تعالى : ﴿ للذين يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [1] ، وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن يقسمون الآية . وقال ابن عباس للذين يؤلون يحلفون ، حكاه عنه أحمد : وكان أهل الجاهلية إذا طلب الرجل من امرأته شيئاً فأبت أن تعطيه حلف أن لا يقربها السنة ولا السنتين ولا الثلاث فيدعها لا أيما ولا ذات بعل ، فلما كان الإسلام جعل الله ذلك للمسلمين أربعة أشهر ،ذكره في المبدع .

(وله) أي الإيلاء (أربعة شروط) تعلم من تعريفه السابق : (أحدها : أن يحلف) الزوج (على ترك الوطء في القبل ، فإن تركه بغير يمين لم يكن مولياً) لظاهر الآية ، (وإن تركه) أي ترك الزوج الوطء (مضراً بها من غير عذر) لأحدهما (ضربت له مدته) أربعة أشهر ، (وحكم له بحكمه) أي الإيلاء، لأنه تارك لوطئها ضرراً بها أشبه المولى ، ولأن ما لا يجب إذا لم يحلف لا يجب إذا حلف على تركه كالزيادة على الواجب وثبوت حكم الإيلاء لمن حلف لا يمنع من قياس غيره عليه إذا كان في معناه كسائر الأحكام الثابتة بالقياس ، (وكذا حكم من ظاهر) من زوجته ، (ولم يكفر)

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٦ .

لظهارها فتضرب له مدة الإيلاء ، ويثبت له حكمه لما تقدم ، (وإن كان) تركه للجماع (لعذر) لأحدهما (من مرض أو غيبة أو حبس لم تضرب له مدة) لأن الوطء غير واجب حينئذ ، وإن حلف على ترك الوطء في الدبر لم يكن مولياً، لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه ، ولا تتضرر المرأة بتركه، لأنه وطء محرم ، وقد أكد منع نفسه منه بيمينه، (أو) حلف على ترك الوطء (دون الفرج لم يكن مولياً) لأنه غير واجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه ، وإن حلف أن لا يجامعها إلا جماع سوء يريد جماعاً ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن مولياً ، لأن الضعيف كالقوي في الحكم .

(فإن قال : أردت وطأ لا يبلغ التقاء الختانين ، أو أراد به الوطء في الدبر ، أو) أراد به الوطء (دون الفرج فمول) لأنه حالف على ترك الوطء في القبل وما لا يبلغ التقاء الختانين ليس وطأ تترتب عليه أحكامه ، (فإن لم يكن له نية) لم يكن مولياً ، لأنه مجمل فلا يتعين بكونه مولياً به ، (أو قال : والله لا أجامعك جماع سوء لم يكن مولياً) بحال ، لأنه لم يحلف على ترك الوطء ، وإنما حلف على ترك صفته المكروهة .

★ ★ ★

(فصل في ألفاظ الإيلاء)[1]

والألفاظ التي يكون بها مولياً ثلاثة أقسام : أحدها ما هو صريح في الحكم والباطن كلفظه الصريح : نحو لا أنيكك ، (أو قال : لا أدخلت) ذكري في فرجك ، (أو) لا (غيبت) ذكري في فرجك (أو) لا (أولجت ذكري) في فرجك ، (أو) أدخلت أو غيبت أو أولجت (حشفتي في فرجك ، و) كقوله (للبكر خاصة) دون الثيب (لا افتضضتك) بالفاء والتاء المثناة فوق ، وافتضاض البكر وافتراعها بالفاء بمعنى وهو وطؤها وإزالة بكارتها بالذكر من فضضت اللؤلؤة إذا ثقبتها (لمن يعرف معناه) المذكور ، ومثله ما ذكر في المستوعب والرعاية ، لا أبتني بك ، زاد في الرعاية من العزلى ، (فلا يدين) إذا أراد بذلك غير الإيلاء ، لأنه لا يحتمل غيره ، (ولا يقبل له) أي للحالف (فيه تأويل) لما سبق .

(الثاني صريح في الحكم) دون الباطن ، (وهو خمسة عشر لفظاً لا وطئتك لا جامعتك لا باضعتك لا بعلتك لا باشرتك لا غشيتك لا مضيت إليك لا لمستك لا افترشتك لا افتضضتك لمن لا يعرف معناه لا قربتك لا أصبتك إلا أتيتك لا مسستك) بكسر السين الأولى وفتحها لغة لا أوطئتك (لا اغتسلت منك ، فلو قال : أردت غير الوطء دين) لأن لفظه يحتمله ، (ولم يقبل في الحكم) لأنها تستعمل في الوطء عرفاً ،

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

وورد الكتاب والسنة ببعضها كقوله : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حتى يَطْهُرْنَ فإذا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ ﴾[1] ، ﴿ ولا تُبَاشِرُوهُنَّ وأنتمْ عاكِفُونَ فِي المساجِدِ ﴾[2] ، ﴿ مِنْ قَبْلِ أنْ تَمسُّوهُنَّ ﴾[3] ، وأما الوطء والجماع فهما أشهر الألفاظ في الاستعمال والباقي قياساً عليه. فلو قال : أردت بالوطء بالقدم وبالجماع اجتماع الأجسام وبالإصابة الإصابة باليد وبالمباضعة التقاء بضعة من البدن بالبضعة منه وبالمباشرة مس المباشر وبالمباعلة الملاعبة والاستمتاع دون الفرج ، وبالمقاربة قرب بدنه منها ، وبالمماسة مس بدنها ، وبالإتيان المجيء وبالاغتسال الاغتسال من الإنزال عن مباشرة من قبلة أو جماع دون الفرج لم يقبل في الحكم ، لأنه خلاف العرف والظاهر . وفي الباطن إن كان صادقاً فليس بمول .

(الثالث) من الألفاظ : (ما لا يكون مولياً فيها إلا بالنية) وهي باقي الألفاظ (مما يحتمل الجماع) فيكون كناية (وهو ما عدا هذه الألفاظ كقوله : والله لا جمع رأسي ورأسك مخدة) بكسر الميم (لا ساقف رأسي رأسك لا ضاجعتك ، لا دخلت عليك ، لا دخلت عليّ ، لا قربت فراشك ، لا بت عندك ، لأسوءنك ، لأغيظنك ، لتطولن غيبتي عنك ، لامس جلدي جلدك ، لا أوي معك ، لا نمت عندك) وحذف العاطف ، لأن الغرض التعداد كمن يلقي على الحاسب جملاً ، فيقول له : اكتب كذا كذا ليرفع له حسابها .

(فهذه) الألفاظ (إن أراد بها الجماع كان مولياً وإلا فلا) لأنها ليست بصريح في الجماع ولا ظاهر فيه ، فافتقرت إلى النية ككنايات الطلاق ، وفي الرعاية والفروع أو القرينة ، (ومن هذه الألفاظ ما يفتقر إلى نية الجماع والمدة معاً، وهو لأسوءنك لأغيظنك لتطولن غيبتي عنك فلا يكون مولياً) بها (حتى ينوي ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر) لأنها مجملة ، فلا تتعين للإيلاء إلا بذلك ، (وسائر) أي باقي (الألفاظ يكون مولياً) بها (بنية الجماع فقط) إلا أن ينوي أربعة أشهر فأقل ، (وإن قال) : والله (لا أدخلت جميع) أو كل (ذكري في فرجك لم يكن مولياً) لأنه يخرج من وطئها بتغييب الحشفة ، ولا حنث (عكس) والله (لا أولجت حشفتي) في فرجك ، لأنه لا يخرج من الفيئة بدون ذلك .

(الشرط الثاني) من شروط الإيلاء الأربعة : (أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته) كالرحمن ورب العالمين ، ولا خلاف أن الحلف بذلك إيلاء لما تقدم عن

---

(1) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٢ .
(2) سورة البقرة ، الآية : ١٨٧ .
(3) سورة الأحزاب ، الآية : ٤٩ .

ابن عباس يؤيده قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ فَاؤُوا فإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [(١)] ، والغفران إنما يدخل اليمين بالله تعالى . (وسواء كان) الحلف (في حال (الرضا أو الغضب) لعموم قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ [(٢)] الآية .

(فإن حلف) على ترك الوطء (بنذر أو عتق أو طلاق أو صدقة مال أو حج أو ظهار أو تحريم مباح) من أمة أو غيرها (ونحوه فليس بمول) لأنه لم يحلف بالله تعالى أشبه ما لو حلف بالكعبة ، ولأن هذا تعليق بشرط ، ولهذا لا يؤتي فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا ذكره أهل العربية في باب القسم . وإنما يسمى حلفاً تجوزاً لمشاركته القسم في الحث على الفعل أو المنع منه ، (ولو قال : إن وطئتك فأنت زانية لم يكن مولياً، لأن تعليق العذر غير صحيح) فلا يلزمه بالوطء حد . (أو) قال : إن وطئتك (فلله عليّ صوم أمس ، أو) صوم (هذا الشهر) لم يكن مولياً ، لأنه لا يصح نذر الماضي ، وهذا الشهر يصير عند وجوب الفيئة ماضياً ، فلو قال : إن وطئتك فللّه عليّ صوم الشهر الذي أطؤك فيه فكذلك ، فإذا وطيء صام بقيته وفي قضاء يوم وطيء فيه وجهان ، قاله في المبدع ، (أو استثنى في اليمين بالله) بأن قال : والله لا وطئتك إن شاء الله أو إن لم يشأ الله ونحوه (لم يكن مولياً) للاستثناء ، (وإن قال : إن وطئتك فللّه عليّ أن أصلي عشرين ركعة كان مولياً) جزم به في الشرح وهو مبني على أنه ينعقد بالنذر كما يدل عليه سياق كلام الشارح .

(الشرط الثالث) من شروط الإيلاء الأربعة : (أن يحلف على) ترك الوطء (أكثر من أربعة أشهر) قال ابن عباس : لأن الله تعالى جعل له تربص أربعة أشهر ، فإذا حلف على أربعة فما دونها فلا معنى للتربص، لأن مدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك أو مع انقضائه ، وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدة يتناولها الإيلاء ، ولأن المطالبة إنما تكون بعدها ، فإذا قال: والله لا وطئتك كان مولياً، لأنه يقتضي التأبيد، (أو يعلقه على شرط) يعني يجعل غايته شيئاً (يغلب على الظن أن لا يوجد في أقل منها مثل) أن يقول : (والله لا وطئتك حتى ينزل عيسى) ابن مريم ﷺ ، (أو) حتى (يخرج الدجال ، أو) حتى تخرج (الدابة ، أو غير ذلك من أشراط الساعة) الكبرى كطلوع الشمس من مغربها ، (أو) قال : والله لا وطئتك (ما عشت) بضم التاء أو كسرها ، (أو) والله لا وطئتك (حتى أموت أو حتى تموتي أو) حتى (يموت ولدك أو) حتى يموت (زيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم في أربعة أشهر)

---

(١) ، (٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٦ .

فأقل ، (أو) قال : والله لا وطئتك (حتى) أمرض أو حتى (تمرضي أو يمرض زيد أو إلى قيام الساعة أو حتى آتي الهند أو حتى ينزل الثلج في الصيف) لأن ذلك لا يوجد في أربعة أشهر ظاهراً أشبه ما لو قال : والله لا وطئتك في نكاحي هذا ، ولأن حكم الغالب حكم المقطوع به في كثير من الصور ، فكذا هنا (أو يعلقه على شرط مستحيل كـ«والله لا وطئتك حتى تصعدي السماء ، أو) حتى (تقلبي الحجر ذهباً ، أو) حتى (يشيب الغراب ونحوه) كحتى يلج الجمل في سم الخياط ، لأن معناه ترك وطئها ، لأن ما يراد إحالة وجوده يعلق على المستحيل ، كقوله تعالى في الكفار : ﴿ وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ ﴾ [1] وكقوله :

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وصـار القار كاللبن الحليب

(أو) قال : والله لا وطئتك (حتى تحبلي ولم يكن وطئها أو) كان (وطيء ونيته حبل متجدد أو حتى تحبلي من غيري فيكون مولياً) لأن حبلها بغير وطء مستحيل عادة كصعود السماء ، (فإن قال : أردت بـ) حتى من قولي حتى (تحبلي) السببية أي لا أطؤك لتحبلي يعني حلف على (ترك قصد الحبل فليس بمول) لأنه ليس بحالف على ترك الوطء ويقبل منه، لأنه محتمل ، (وإن قال : والله لا وطئتك مدة أو ليطولن تركي لجماعك لم يكن مولياً) لأن ذلك يقع على القليل والكثير فلا يصير مولياً (حتى ينوي أكثر من أربعة أشهر) ليتمحض اليمين للمدة المعبرة ، (وإن قال : والله) لا وطئتك (حتى يقدم زيد ونحوه مما لا يغلب على الظن عدمه في أربعة أشهر) فليس بإيلاء ، (أو) قال : والله لا وطئتك (في هذه البلدة ، أو) لا وطئتك (محفوفة أو منقوشة أو حتى تصومي نفلاً أو) حتى (تقومي ، أو) حتى (يأذن زيد فيموت) فليس بإيلاء، لأنه أمكنه وطؤها بغير حنث ، فلم يكن مولياً كما لو استثنى في يمينه ، (أو علقه على ما يعلم أنه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك) أو وجوده في أقل من أربعة أشهر (كذبول بقل وجفاف ثوب ونزول مطر في أوانه وقدوم حج في زمانه ، أو) علقه على فعل مباح لا مشقة فيه ، كقوله : والله لا وطئتك (حتى تدخلي الدار ، أو) حتى (تلبسي هذا الثوب ، أو حتى أتنفل بصوم يوم أو حتى أكسوك ، أو) حتى (أعطيك مالاً ، أو) والله (لا وطئتك إلا برضاك أو) والله (لا وطئتك مكرهة أو محزونة فليس بإيلاء) لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث ، (وإن قال) : والله لا وطئتك (حتى تشربي الخمر ، أو) حتى (تزني ، أو) حتى (تسقطي ولدك ، أو) حتى (تتركي

---

(١) سورة الأعراف ، الآية : ٤٠ .

صلاة الفرض أو حتى أقتل زيداً ونحوه) من كل فعل محرم جعله غاية له فمول ، لأنه علقه بممتنع شرعاً أشبه الممتنع حساً ، (أو) قال : والله لا وطئتك (حتى تسقطي صداقك ، أو) حتى تسقطي (دينك عني أو حتى تكفلي ولدك أو تهبيني دارك أو يبيعني أبوك داره ونحوه) كحتى يسقط عني دينه ، (فـ) هو (مول) لأن أخذه لمالها أو مال غيرها عن غير رضا صاحبه محرم أشبه شرب الخمر ، (و) لو قال لزوجته : (إن وطئتك فعبدي حر عن ظهاري ، وكان ظاهر فوطيء عتق عن الظهار) لوجود شرطه (وإلا) أي وإن لم يكن ظاهر (فليس بمول) لأنه لم يحلف بالله تعالى ولا بصفة من صفاته ، (فلو وطيء لم يعتق) لأنه إنما علق عتقه بشرط كونه عن ظهاره فتقيد به .

(و) إن قال : (والله لا وطئتك مريضة فليس بمول) لأنه يمكن أن تبرأ قبل الأربعة أشهر (إلا أن يكون بها مرض فليس بمول) ، (إلا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه، أو) يكون بها مرض (لا يزول في أربعة أشهر) عادة فيكون مولياً لما تقدم ، (فإن قاله) أي قال : والله لا وطئتك مريضة (وهي صحيحة فمرضت مرضاً يمكن برؤه في أربعة أشهر لم يصر مولياً ، وإن لم يُرج برؤه) في أربعة أشهر (فمول) لما سبق ، (و) إن قال : والله (لا وطئك حائضاً أو نفساء أو محرمة أو صائمة فرضاً أو لا وطئتك ليلاً، أو) لا وطئتك (نهاراً فليس بمول) لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث، (و) إن قال: والله لا وطئتك (حتى تفطمي ولدي فإن أراد وقت الفطام) وهو تمام الحولين (وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فمول) لأنه حلف على ترك وطئها فوق أربعة أشهر ، (وإن أراد فعل الفطام) فليس بمول، لأنه يمكنها فطامه قبل مضي أربعة أشهر، (أو مات الولد قبل مضي الأربعة أشهر فليس بمول) أي لحصول الفطام بموته ، (و) إن قال : (والله لا وطئتك طاهراً ، أو) لا وطئتك (وطأ مباحاً فمول) لأنه حلف على ترك وطئها الشرعي فوق أربعة أشهر ، (وإن قال : إن وطئتك فوالله لا وطئتك ، أو إن دخلت الدار فوالله لا وطئتك لم يكن مولياً حتى يوجد الشرط) لأن يمينه معلقة بشرط ، فلا يكون حالفاً قبله ، ولأنه يمكنه الوطء من غير حنث قبل وجود الشرط أو متى أولج زائداً على الحشفة ولا نية حنث في الصورة الأولى ، (و) إن قال : (والله لا وطئتك في السنة إلا مرة أو إلا يوماً ، أو) والله (لا وطئتك سنة إلا يوماً) أو إلا مرة (فلا إيلاء) عليه (حتى يطأ ويبقى منها فوق ثلثها) أي ثلث السنة، لأن يمينه معلقة بالإضافة فقبلها لا يكون حالفاً، لأنه لا يلزمه بالوطء قبل الإصابة حنث ، فإذا وطيء وقد بقي من السنة فوق أربعة أشهر صار مولياً ، (و) إن قال : والله (لا وطئتك عاماً ثم قال : والله لا وطئتك عاماً فإيلاء واحد) لأنه لا شيء في كلامه يدل على أن العام في اليمين الثانية غير

الأولى ، (إلا أن ينوي) باليمين الثانية (عاماً آخر) غير الأول فيكونان إيلاآن ، (و) إن قال : والله (لا وطئتك عاماً ولا وطئك نصف عام ، أو) والله (لا وطئتك نصف عام ولا وطئتك عاماً فإيلاء واحد) لأنه يمين واحد (ودخلت القصيرة في الطويلة) لاشتمال الطويلة عليها ولم ينو المغايرة ، (وإن نوى بإحدى المدتين غير الأخرى) فهما إيلاآن لا تدخل حكم إحداهما في الأخرى ، (أو قال) : والله (لا وطئتك عاماً فإذا مضى فوالله لا وطئتك عاماً فهما إيلاآن لا يدخل حكم أحدهما في الآخر) لتغايرهما ، (فإذا مضى حكم أحدهما بقي) حكم (الآخر) لعدم ما يزيله ، (فإن قال في المحرم : والله لا وطئتك هذا العام ، ثم قال : والله لا وطئتك عاماً من رجب إلى اثني عشر شهراً أو قال في المحرم : والله لا وطئتك عاماً ، ثم قال في رجب : والله لا وطئتك عاماً ، فهما إيلاآن في مدتين بعض إحداهما) أي إحدى المدتين (داخل في) المدة (الأخرى) لأن هذا هو مقتضى لفظه ، (فإن فاء) أي وطيء (في رجب أو فيما بعده من بقية العام الأول حنث في اليمين) لوجود المحلوف عليه بهما ، (وتلزمه كفارة واحدة لتداخل كفارة اليمين (وينقطع حكم الإيلاءين) للحنث ، (وإن فاء قبل رجب أو بعد العام الأول حنث في إحدى اليمينين) وهي الأولى في الأولى والثانية في الثانية (فقط) فلا يحنث في الأخرى لعدم وجود المحلوف عليه بها ، (وإن فاء في الموضعين حنث في اليمينين) وكفته كفارة واحدة إن لم يكن كفر الأولى قبل لما تقدم ، (وإن حلف) بالله (على ترك وطئها عاماً ثم كفر عن يمينه قبل) مضي (الأربعة أشهر انحل الإيلاء) بالتكفير، (ولم يوقف) أي تضرب له مدة الإيلاء (بعد الأربعة أشهر) لأن إيلاء انحل، (وإن كفر بعدها) أي بعد الأربعة أشهر (وقبل الوقف) أي ضرب مدة الإيلاء (صار كالحالف على) ترك الوطء (أكثر منها) أي من الأربعة أشهر (إذا مضت يمينه قبل وقفه) فلا تضرب له مدة التربص ، لأن الإيلاء قد انحل بالكفارة ، (فإن قال : والله لا وطئتك أربعة أشهر ، فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر فهو حالف على) ترك الوطء (وليس بمول) لأن كل واحد من الزمانين لا تزيد مدته على أربعة أشهر (لكن له حكم المولي لما بان) أي ظهر (من قصده من الإضرار بها . قال في الفصول : وهو الأشبه بمذهبنا ، ولأنه لو ترك الوطء مضراً بها من غير يمين ضربت له مدة الإيلاء ، فكذا مع اليمين وقصد الإضرار وكذلك) الحكم (في كل مدتين متواليتين يزيد مجموعهما على أربعة أشهر كثلاثة أشهر وثلاثة أو ثلاثة وشهرين) أو شهر وأربعة ، (وإن قال : والله لا كلمتك ، أو) والله (لا كلمتك سنة لم يكن مولياً ، لأنه يمكنه وطؤها ولا يكلمها) فليس حالفاً على ترك وطئها . انتهى .



(فصل في تعليق الإيلاء بشرط)(١)

وإن قال : والله لا وطئتك إن شئت ، فشاءت ولو تراخيا فمول ، لأنه علق الإيلاء بشرط وقد وجد ، (و) إن قال : والله (لا وطئتك إلا أن تشائي أو) إلا أن (يشاء أبوك أو إلا باختيارك أو إلا أن تختاري فليس بمول) لأنه علقه بفعل يمكن وجوده في ثلث سنة إمكاناً غير بعيد ، وليس بمحرم وليس فيه مضرة أشبه ما لو علقه على دخولها الدار .

(و) إن قال : والله (لا وطئت واحدة منكن فمول منهن) لأن النكرة في سياق النفي تعم ولا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بالحنث ، فإن طالق واحدة منهن أو ماتت كان مولياً مع البواقي ، لأنه تعلق بكل واحدة منفردة (فيحنث بوطء واحدة) منهن (وتنحل يمينه) لأنها يمين واحدة (إلا أن يريد واحدة منهن) بعينها (فيكون مولياً منها وحدها) لأن اللفظ يحتمله وهو أعلم بنيته ، (وإن أراد واحدة) منهن (مبهمة أخرجت بقرعة لا بتعيينه) فالطلاق والعتق ، (و) إن قال : والله (لا وطئت كل واحدة منكن فمول من جميعهن في الحال) لأن لفظه صريح في التعميم ، (وتنحل يمينه بوطء واحدة) منهن، لأنها يمين واحدة ، (ولا يقبل قوله : نويت واحدة منهن معينة أو مبهمة) لأن لفظة كل أزالت الخصوص ، (و) إن قال : والله (لا أطؤكن لم يصر مولياً) في الحال ، لأنه يمكنه وطء واحدة بغير حنث (حتى يطأ ثلاثة فيصير مولياً من الرابعة) لأن المنع حينئذ يصير في الرابعة محققاً ضرورة الحنث بوطئها وابتداء المدة حينئذ . (وإن مات بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال حكم الإيلاء) لأنه يمكنه وطء الباقيات بغير حنث ، (فإن راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينونتها عاد حكم يمينه) لكن لا يصير مولياً حتى يطأ ثلاثة فيصير مولياً من الرابعة كما تقدم ، (وإن آلى من واحدة) من زوجاته (ثم قال للأخرى: شركتك معها) أو أنت شريكتها (لم يصر مولياً من الثانية) لأن اليمين بالله لا تصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية ، فلم يقع به اليمين بخلاف الطلاق والظهار .

(ويصح الإيلاء بكل لغة ممن يحسن العربية وممن لا يحسنها) كالطلاق والعتق ، (فإن آلى بلغة لا يعرفها لم يكن مولياً) عربية كانت أو عجمية كمن جرى على لسانه ما

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

لا يقصده ، (ولو نوى موجبها عند أهلها) كما تقدم في الطلاق ، (فإن اختلف الزوجان في معرفة ذلك) اللفظ الصادر من الزوج ، (فقوله : إذا كان متكلماً بغير لسانه) لأن الأصل إذن عدم علمه معناه ، وهو أدرى بحاله ، (فإن آلى) زوج (بلغته وقال : جرى) اللفظ (على لساني من غير قصد) لمعناه (لم يقبل في الحكم) لأنه خلاف الظاهر ، (وإن آلى من الرجعية صح) إيلاؤه، لأنها زوجة (وابتداء المدة) التي تضرب له (من حين آلى) لا من حين الرجعة كما قبل طلاقها ، (ولا يصح الإيلاء من) الزوجة (الرتقاء ، و) لا من (القرناء) لأنه لا يمكن وطؤهما فلا تأثير للحلف .

(الشرط الرابع) المتمم لشروط الإيلاء : (أن يكون من زوج) للآية (يمكنه الوطء) لأن الإيلاء اليمين المانعة من الجماع ويمين من لا يمكنه لا تمنعه ، بل فعل ذلك متعذر منه (مسلماً كان) المولي (أو كافراً حراً أو عبداً سليماً أو خصياً أو مريضاً يرجى برؤه) لعموم قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسائهِمْ ﴾ [1] الآية (فلا يصح إيلاء الصبي غير المميز ولا المجنون) لأنهما لا يدريان ما يصدر منهما ، (ولا) إيلاء (العاجز عن الوطء بجب كامل أو شلل) للذكر (ولو آلى) سليم (ثم جب) أي قطع ذكره ، بحيث لم يبق ما يمكن جماع به (بطل إيلاؤه) لأنه لا يطالب بالوطء مع عدم قدرته عليه ، (ويصح إيلاء السكران ، و) إيلاء (المميز كطلاقهما ولا يشترط في صحة الإيلاء الغضب ولا قصد الإضرار) قاله ابن مسعود (كالطلاق) . وقال ابن عباس : إنما الإيلاء في الغضب (والإيلاء والظهار ، وسائر الأيمان في الغضب والرضا سواء) لعموم الأدلة ، (ومدة الإيلاء في الأحرار والرقيق سواء) لعموم النص، ولأنها مدة ضربت للوطء أشبهت مدة العنة ، (وإذا أسلم الذمي لم ينقطع حكم الإيلاء) كطلاقه وظهاره ، (ولا حق لسيد الأمة في طلب الفيئة ، و) لا في (العفو عنها ، بل) الحق في ذلك (لها) لكون الاستمتاع يحصل لها ، فإن تركت المطالبة لم يكن لمولاها المطالبة به ، لأنه لا حق له ، لا يقال : حقه في الولد ، لأنه لا يعزل عنها إلا بإذنه ، لأنه لا يستحق على الزوج استيلاد المرأة بدليل أنه لو حلف ليعزلن عنها ولا يستولدها لم يكن مولياً ، (ولو حلف) السيد (أن لا يطأ أمته) لم يكن مولياً لما تقدم ، ولأنه لا حق لها في الوطء ، (أو) حلف إنسان لا يطأ امرأة (أجنبية مطلقاً ، أو) حلف لا يطؤها (إن تزوجها لم يكن مولياً) لظاهر الآية .

(و) يصح الإيلاء من الزوجة (سواء كانت الزوجة حرة أو أمة مسلمة أو كافرة

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٦ .

عاقلة أو مجنونة صغيرة أو كبيرة) لعموم : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ﴾ [1] (وتطالب) زوجة (غير مكلفة إذا كلفت) لا قبل ذلك لعدم صحة دعواها .

★ ★ ★

فصل

وإذا صح الإيلاء لاجتماع شروطه الأربعة (ضربت له) أي للمولي (مدة أربعة أشهر ولا يطالب بالوطء فيهن) أي في الأربعة أشهر لقوله تعالى : ﴿ للذينَ يُؤْلُونَ من نسائِهِمْ تَرَبُّص أربعةِ أشهُرٍ ﴾ [2] .

(وابتداء المدة من حين اليمين ولا تفتقر إلى ضرب حاكم كمدة العدة (لأنها ثبتت بالنص والإجماع ، (فإذا مضت) الأربعة أشهر (ولم يطأ ولم تعفه) من آلى منها (ورافعته إلى الحاكم أمره بالفيئة) بكسر الفاء مثل الصبغة ، ذكره في الصحاح ، (وهي) أي الفيئة (الجماع) سمي جماع المولي فيئة، لأنه رجوع إلى فعل ما ترك بحلفه من الفيء وهو الظل بعد الزوال، لأنه رجع من المغرب إلى المشرق، (فإن أبى) المولي الفيئة (أمره الحاكم بالطلاق) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ فَاؤُوا فإنَّ اللهَ غَفُورٌ رحيمٌ وإنْ عَزَمُوا الطّلاقَ فَإنَّ اللهَ سَميعٌ عليمٌ ﴾ [3] ، (فإن لم تطلق) المولى (طلق الحاكم عليه كما يأتي في آخر الباب ولا تطلق بمجرد مضي المدة) قال أحمد : يوقف عن أكابر الصحابة ، وقال في رواية أبي طالب : قال ذلك عمر وعثمان وعليّ وابن عمر ، وجعل يثبت حديث عليّ رواه البخاري عن ابن عمر قال : ويذكر عن أبي الدرداء وعائشة واثني عشر رجلاً من أصحاب النبي ﷺ وقال سليمان بن يسار : أدركت بضعة عشر من أصحاب النبي ﷺ كلهم يقفون المولي ، رواه الشافعي والدارقطني بإسناد جيد . وقال ابن مسعود وابن عباس إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ، وقال مكحول والزهري : تطليقة رجعية ورد بظاهر الآية ، فإن الفاء للتعقيب ، ثم قال : وإن عزموا الطلاق ولو وقع بمضي المدة لم يحتج إلى عزم عليه ، وقوله : سميع عليم يقتضي أن الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاماً ، ذكره في المبدع ملخصاً .

(فإن كان به) أي المولى (عذر في المدة يمنع الوطء ولو طارئاً بعد يمينه كحبسه وإحرامه ونحوه احتسب عليه بمدته) أي العذر ، لأن المانع من جهته ، وقد وجد التمكين الذي عليها ، ولذلك لو أمكنته من نفسها وامتنع وجبت لها النفقة ، (وإن كان) العذر

---

(١) ، (٢) ، (٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٦ .

(المانع) من وطئها (من جهتها كصغرها ومرضها وحبسها وصيامها واعتكافها الفرضين وإحرامها ونفاسها وغيبتها ونشوزها وجنونها ونحوه) كالإغماء عليها ، (وكان) ذلك العذر (موجوداً حال الإيلاء فابتداء المدة من حين زواله) لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع هنا من قبلها ، (وإن كان) العذر (طارئاً في أثناء المدة استؤنفت) الأربعة أشهر (من وقت زواله ولم تبن على ما مضى لقوله تعالى : تربص أربعة أشهر ، وظاهره يقتضي أنها متوالية ، فإذا انقطعت وجب استئنافها كمدة الشهرين) في صوم الكفارة (إن كان قد بقي منها) أي من المدة التي حلف لا يطؤها فيها (أكثر من أربعة أشهر ، وإلا) أي وإن لم يكن بقى منها أكثر من أربعة أشهر بل أربعة فأقل (سقط حكم الإيلاء) كما لو حلف على ذلك ابتداء (ولا تبني على ما مضى إذا حدث عذر) مما سبق (كمدة الشهرين في الصوم الكفارة) إذا انقطع التتابع يستأنفهما (إلا الحيض فإنه يحتسب عليه) أي المولى (مدته) إذا كانت حائضاً (وقت الإيلاء ولا يقطع) الحيض (مدته إن طرأ) في أثنائها، لأنه لو منع لم يكن ضرب المدة ، لأن الحيض في الغالب لا يخلو منه ، فيؤدي ذلك إلى إسقاط حكم الإيلاء ، (وإن آلى) من زوجته بعد الدخول (في الردة) أي ردته أو ردتها أو ردتهما ، (فابتداء المدة من حين رجوع المرتد منهما إلى الإسلام) إن كان ذلك في العدة ، (فإن طرأت الردة في أثناء المدة انقطعت وحرم الوطء ، فإذا عاد إلى الإسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما ، وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين) بعد الدخول وكان آلى منها فابتداء المدة من حين يسلم الآخر في العدة ، لأنها صار ممنوعاً من وطئها من غير يمين ، (وإن طلقها في أثناء المدة) بعوض أو بثلاث أو أبانها بفسخ أو خلع أو بانت بردة أو إسلام إحدهما ، (أو انقضت عدة الرجعية) بعد أن آلى منها في المدة (انقطعت المدة) لما تقدم ، (فإن عاد فتزوجها وقد بقي من المدة) التي حلف لا يطؤها فيها (أكثر من أربعة أشهر عاد حكمه) فتضرب له المدة .

(وإن كان الطلاق رجعياً ولم تنقض المدة) قبل مدة التربص (بنت) على ما مضى قبل الطلاق، لأن الرجعية زوجة ، فإذا تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق وقف ، فإن فاء وإلا أمر بالطلاق ، (فإن راجعها) في العدة قبل انقضاء مدة التربص (بنت أيضاً) على ما مضى من المدة لما تقدم ، (وإن آلى من زوجته الأمة ثم اشتراها ثم أعتقها وتزوجها) عاد الإيلاء ، (أو كان المولى عبداً فاشترته امرأته) التي آلى منها (ثم أعتقته ثم تزوجته عاد الإيلاء) لأنه لم يوجد ما تنحل به اليمين من حنث أو كفارة وكذا لو بانت الزوجة بردة أو إسلام منهما أو من أحدهما ثم تزوجها تزويجاً جديداً عاد

الإيلاء وتستأنف المدة في جميع ذلك ، سواء عادت إليه بعد زوج ثان أو قبله وكذا لو قال لزوجته : إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك ثم طلقها ونكحت غيره ثم تزوجها عاد حكم الإيلاء ، فإن دخلتها في حال البينونة ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الإيلاء في حقه، لأنه لا ينعقد بالحلف على الأجنبية ، ذكره في الشرح . (وإن انقضت المدة وبها) أي المرأة (عذر يمنع الوطء) كحيض أو إحرام (ولم تملك طلب الفيئة ولا المطالبة بالطلاق) لأن الوطء ممتنع من جهتها ولا المطالبة مع الاستحقاق وهي لا تستحق في هذه الأحوال ، (وتتأخر المطالبة) بالوطء أو الطلاق (إلى حين زواله) أي العذر إن لم يكن قاطعاً لمدة الحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة ، (وإن كان العذر به) أي المولى (وهو) أي العذر (مما يعجز به عن الوطء من مرض أو حبس يعذر فيه) بأن كان ظلماً أو على دين لا يمكنه أداؤه (أو غيره) أي الحبس كالإحرام (لزمه أن يفيء بلسانه في الحال فيقول : متى قدرت جامعتك) هذا قول ابن مسعود وجمع ، لأن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الأضرار بما أتى من الاعتذار والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر بدليل إشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة ، ولا يحتاج أن يقول : ندمت ، لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين ، (وإن كان محبوساً بحق يمكنه أداؤه طولب بالفيئة، لأنه قادر عليها بأداء ما عليه) من الدين فلا عذر له ، (فإن لم يفعل) أي يؤد ما عليه مع قدرته عليه ليفيء (أمر بالطلاق) كغير المحبوس ، (وإن كان عاجزاً عن أدائه) أي أداء ما حبس عليه ، (أو) كان (حبس ظلماً أمر) أن يأتي (بفيئة المعذور) فيقول : متى قدرت جامعتك كما سبق ، (ومتى زال عذره) أي عذر المولى من حبس أو غيره (وقدر على الفيئة وطولب بها لزمه) أن يفيء (إن حل الوطء) بأن لم يكن لها مانع من نحو حيض، لأنه أخر حقها لعجزه عنه ، فإذا قدر عليه لزمه أن يوفيها كالدين على المعسر إذا قدر عليه ، (فإن لم يفعل) أي يطأ (أمر بالطلاق) كما لو لم يكن فاء بلسانه، لأن الفيئة باللسان مجرد وعد وحقها الأصلي باق ولا مانع من فعله. (وإن كان) المولى (غائباً لا يمكنه القدوم لخوف) بالطريق (أو نحوه فاء فيئة المعذور) لأنه معذور فيقول : متى قدرت جامعتها ، (وإن أمكنها القدوم فلها أن توكل من يطالبه بالمسير إليها أو حملها إليه) ليوفيها حقها من الفيئة، (أو) يطالبه (بالطلاق) إن لم يفعل، لأنه غير معذور إذن ، (وإن كان) المولى (مظاهراً لم يؤمر بالوطء) لأنه محرم عليه قبل التكفير فهو عاجز عنه شرعاً أشبه المريض (ويقال له : إما تكفر) وتفيء ، (وإما أن تطلق) إزالة لضررها ، (فإن طلب الإمهال ليطلب رقبة يعتقها أو طعاماً يشتريه) ويطعمه للمساكين إن كان عاجزاً عن العتق والصوم (أمهل ثلاثة أيام)

لأنها مدة قريبة ، فالظهار كالمرض عند الخرقي ومن تابعه ، وكذا الاعتكاف المنذور ذكره في المبدع ، (وإن علم أنه) أي المظاهر (قادر على التكفير في الحال وإنما قصده المدافعة لم يمهل) لأنه إنما يمهل للحاجة ولا حاجة هنا ، (وإن كان فرضه الصيام) لقدرته عليه وعجزه عن العتق وطلب أن يمهل ليصوم (لم يمهل حتى يصوم) شهرين متتابعين ، لأنه كثير (بل) يؤمر أن (طلق) ، و (إن كان قد بقي عليه) أي على المظاهر (من الصيام مدة يسيرة) عرفاً (أمهل فيها) كسائر المعاذير ، (وإن وطئها في الفرج وطأ محرماً مثل أن يطأ (ها) في الحيض أو النفاس أو الإحرام أو صيام فرض من أحدهما ، أو) وطئها (مظاهراً فقد فاء إليها) لأن يمينه انحلت ، فزال حكمها وزال عنها الضرر ، (وعصى بذلك) لتحريمه (فانحل الإيلاء) لأن الوطء وجد واستوفت المرأة حقها ، و(لا) تحصل الفيئة (إن وطئها دون الفرج أو في الدبر) لأن الإيلاء يختص بالحلف على ترك الوطء في القبل والفيئة الرجوع عن ذلك فلا تحصل بغيره كما لو قبلها ، ولأن ذلك أيضاً لا يزول به ضرر المرأة ، (وإن أراد الوطء حال الإحرام ، أو) أراد الوطء في (الصيام الفرض ، أو) أراد الوطء (قبل تكفيره للظهار فمنعه لم يسقط حقها) من طلب الفيئة ، لأنه وطء حرام إذن فلا يلزمه التمكين منه ، (كما لو منعته في الحيض) من الوطء ، (وليس على من قال بلسانه : كفارة ولا حنث) لأنه لم يفعل المحلوف عليه ، وإنما وعد بفعله (وإن كان) المولى (مغلوباً على عقله بجنون أو إغماء لم يطالب) بالفيئة ولا بالطلاق (حتى يزول ذلك) الجنون أو الإغماء، لأنه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه الجواب لتصح الدعوى عليه . (وإن قال) المولى : (أمهلوني حتى أقضي صلاتي ، أو) حتى (أتغدى أو حتى ينهضم الطعام أو حتى أنام فأنا ناعس ، أو حتى أفطر من صومي ، أو) حتى (أرجع إلى بيتي أمهل بقدر الحاجة فقط) لأن العادة تقتضيه وزمنه يسير ، (فإن كانت الزوجة صغيرة أو مجنونة فليس لها المطالبة) لأن قولها غير معتبر (ولا لوليها) لأن هذا طريقه الشهوة فلا تدخله الولاية ، (فإن كانتا ممن لا يمكن وطؤهما لم يحتسب عليه بالمدة) لأن المنع من جهتها ، (فإن كان وطؤهما ممكناً فأفاقت المجنونة وبلغت الصغيرة قبل انقضائها) أي مدة الحلف (فلهما المطالبة) إن تمت مدة التربص ، لأن الحق لهما ثابت وإنما تأخر لعدم إمكان المطالبة ، (فإن لم يبق له عذر وطلبت الفيئة فجامع انحلت يمينه) بالتكفير ، (ولم يخرج من الفيئة) لعدم الوطء ، (ولو علق طلاقاً ثلاثاً بوطئها) بأن قال : إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً (أمر بالطلاق وحرم الوطء لوقوع الثلاث بإدخال الحشفة فيكون نزعه في أجنبية) والنزع جماع، ولأنه طلاق بدعة، لأنه يقع بعد الإصابة ، وفيه جمع الثلاث بكلمة ، (فإن أولج فعليه

النزع حين يولج الحشفة) لأنها بانت بذلك فصارت أجنبية ، (ولا حد ولا مهر) إن نزع في الحال، لأنه تارك ، (ومتى تمم الإيلاج أو لبس لحقه نسبه) أي نسب ولد أتت به من هذا الوطء، (ووجب المهر) لهذا الوطء، لأنه حصل منه وطء محرم في محل غير مملوك ، فأوجب المهر كما لو أولج بعد النزع ، (ولا حد) عليه للشبهة ، (وإن نزع ثم أولج ، فإن جهلا التحريم فالمهر) عليه (والنسب لا حق به ولا حد) عليه لشبهة جهل التحريم (العكس فعكسه) أي وإن لم يجهلا فلا مهر حيث مكنت، لأنها زانية مطاوعة ولا نسب وعليهما الحد، لأنه إيلاج في أجنبية بلا شبهة ، (وإن علمه) أي التحريم الواطيء (وحده لزمه المهر) بما نال من فرجها ، (و) لزمه (الحد) لأنه الآن عالم ، (ولا نسب) يلحقه لما مر ، (وإن علمته) أي التحريم (وحدها ، فالحد عليها والنسب لاحق) بالواطيء لجهله (ولا مهر) لها ، لأنها زانية مطاوعة ، (وكذا إن تزوجت) المطلقة (في عدتها) غير مبينها (ولو علق طلاق غير مدخول بها بوطئها فوطئها وقع رجعياً) لأنه يقع عقب الوطء فتكون مدخولاً بها .

« تتمة » : لو قال لزوجته : إن وطئتك فأنت عليّ كظهر أمي ، فقال أحمد : لا يقربها حتى يكفر مع أنه لا يصير مظاهراً قبل الوطء ولا يصح تقديم كفارة الظهار قبله، لأنه سببها . وقال إسحق : قلت لأحمد : فيمن قال لزوجته : أنت عليّ كظهر أمي إن قربتك إلى سنة ؟ فقال أحمد : إن جاءت تطلب فليس له أن يعضلها بعد مضي الأربعة الأشهر ، يقال له : إما أن تفيء وإما أن تطلق ، فإن وطئها فقد وجبت الكفارة عليه ، وإن أبى وأرادت مفارقته طلقها الحاكم عليه ، فينبغي أن تحمل الرواية الأولى على الوطء بعد الوطء الذي صار به مظاهراً لما تقدم ولتتفق الروايتان أشار إليه الشارح وفيه شيء (وأدنى ما يكفي من ذلك) أي من الوطء في فيئة المولى ووقوع الطلاق المعلق على الوطء ونحو ذلك (تغييب الحشفة) إن كانت (أو قدرها) من مقطوعها (في الفرج) لأن أحكام الوطء تتعلق به ، (ولو من مكره وناس وجاهل) بالزوجة التي آلى منها ، بأن اشتبهت عليه بغيرها ونحوه (ونائم إذا استدخلت ذكره ، و) من (مجنون) لوجود الوطء (ولا كفارة عليه فيهن) لعدم الحنث من الحالف ، (وإن لم يف) المولى بوطء من آلى منها (وأعفته المرأة سقط حقها) لأن الحق لها وقد أسقطته (كعفوها) عن العنين (بعد) مضي (مدة العنة) وهي السنة ، (وإن لم تعفه أمر بالطلاق) إن طلبته، لقوله تعالى : ﴿ فإمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [1] فإذا امتنع من أداء الواجب فقد

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٩ .

امتنع من الإمساك بالمعروف ، فيؤمر بالتسريح بالإحسان ، (فإن طلق) المدخول بها (واحدة فله رجعتها) ما دامت في العدة (سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه) لأنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عدد ولا استيفاء عدد ، فكان رجعياً كالطلاق في غير الإيلاء ومفارق الفيئة، لأنها فسخ لعيب ، (فإن لم يطلق ولم بطأ أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه طلق الحاكم عليه) لأنه حق تعين مستحقه فدخلته النيابة كقضاء الدين ويفارق من أسلم على أكثر من أربع ، فإنه يجبر على التخيير، لأن المستحق من النسوة غير معين ، ولأنها خيرة تشبه بخلاف ما هنا (وليس للحاكم أن يأمره بالطلاق) إلا أن تطلب المرأة ذلك، (ولا) الحاكم (أن يطلق عليه إلا أن تطلب المرأة ذلك) من الحاكم، لأنه حق لها فلا تستوفيه بدون طلبها ، (فإن طلق) الحاكم (عليه أي المولى (واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً أو فسخ ، صح) ذلك ، لأن الحاكم قائم مقام الزوج فملك ما يملكه (والخيرة في ذلك للحاكم) فيفعل ما فيه المصلحة ، قلت : تقدم أن إيقاع الثلاث بكلمة واحدة محرم ، فهنا أولى ، (وإن قال) الحاكم : (فرقت بينكما فهو فسخ) لا ينقص به عدد الطلاق ولا تحل له إلا بعد عقد جديد ، (وإن ادعى) المولى (أن المدة) أي مدة التربص وهي الأربعة أشهر (ما انقضت وادعت) المرأة (مضيها فقوله : مع يمينه) لأن الأصل عدم انقضائها ، (وإن ادعى أنه وطئها فأنكرته وكانت ثيباً ، فقوله) كما لو ادعى الوطء في العنة ، ولأنه أمر خفي لا يعلم إلا من جهته ، فقبل قوله فيه كقول المرأة في حيضها (مع يمينه) للخبر وكالدين ، ولأن ما تدعيه المرأة محتمل ، فوجب نفيه باليمين ، (ولا يقضي فيه بالنكول) عن اليمين (نصاً) لأنه ليس بمال ولا يقصد به المال ، (وإن كانت بكراً واختلفا في الإصابة) بأن ادعى أنه وطئها وأنكرته ، (وادعت أنها عذراء) أي بكر ، (فشهدت امرأة عدل بثيوبتها ، فقوله) : كما لو كانت ثيباً ، (وإن شهدت) امرأة عدل (ببكارتها ، فقولها) لأنه اعتضد بالبينة ، إذ لو وطئها لزالت بكارتها ، (فإن لم يشهد لها أحد بزوال البكارة) ولا ببقائها ، (فقوله) : كما لو كانت ثيباً . ومن قلنا القول قوله فعليه اليمين ، لأنه حق لآدمي يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون ، ولعموم : « واليَمِينُ عَلى مَنْ أنْكَرَ » (١) .



---

(١) سبق تخريجه في عدة مواضع .



كتاب الظهار

مشتق من الظهر، سمي بذلك لتشبيه الزوجة بظهر الأم، وإنما خص الظهر دون غيره، لأنه موضع الركوب ، إذ المرأة مركوبة إذا غشيت ، فقوله : أنت عليّ كظهر أمي أي ركوبك للنكاح حرام عليّ كركوب أمي للنكاح ، فأقام الظهر مقام المركوب لأنه مركوب، وأقام الركوب مقام النكاح، لأن الناكح راكب . ويقال : كانت المرأة تحرم بالظهار على زوجها ولا تباح لغيره ، فنقل الشارع حكمه إلى تحريمها ووجوب الكفارة بالعود وأبقى محله . وهو الزوجة (وهو محرم) إجماعاً ، حكاه ابن المنذر ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَراً مِنَ القَوْلِ وَزُوراً ﴾ [(١)] ، وقول المنكر والزور من أكبر الكبائر للخبر ، ومعناه أن الزوجة كالأم في التحريم لقوله تعالى : ﴿ما هُنَّ أمَّهَاتِهِم﴾[(٢)] وقوله : ﴿ وَمَا جَعَلَ أزْواجكُمُ اللائي تُظَاهِرُونَ مِنهنَّ أُمّهَاتكُمْ ﴾[(٣)]، ولحديث أوس بن الصامت: «حين ظاهر من زوجته خولة بنت مالك بن ثعلبة فجاءت النبي ﷺ تشتكيه فأنزل الله أول سورة المجادلة » [(٤)] رواه أبو داود وصححه ابن حبان والحاكم . وفيه أحاديث أخر تأتي.

(وهو أن يشبه) الزوج (امرأته ، أو) يشبه (عضواً منها) أي من امرأته (بظهر من تحرم عليه على التأبيد) كأمه وأخته من نسب أو رضاع أو حماته ، (أو) يشبه ذلك بظهر من تحرم عليه (إلى أمد) كأخت امرأته وعمتها وخالتها ، (أو) يشبه امرأته أو عضواً منها (بها) أي بمن تحرم عليه على التأبيد أو إلى أمد ، (ولو) كان التشبيه المذكور (بغير العربية) ممن يحسنها كالإيلاء والطلاق ، (ولو اعتقد الحل) أي حل المشبه بها من أم وأخت (كمجوسي) قال لزوجته : أنت عليّ كظهر أختي وهو يعتقد حل أخته فلا أثر لاعتقاده ذلك ويكون مظاهراً ، لأنه اعتقاد لا سند له فنأمره بالكفارة إذا رفع إلينا أو أسلم وقد وطيء ، (أو) يشبه امرأته أو عضوا منها (بعضو منها) أي ممن تحرم عليه على التأبيد أو إلى أمد ، (أو) يشبه امرأته أو عضوا منها (بذكر) كأبيه أو زيد ، (أو) يشبه امرأته أو عضوا منها بـ (عضو منه) أي من الذكر كظهره أو رأسه وأمثلة ما سبق (كـ) قوله لامرأته : (أنت كظهر أمي أو أنت عليّ كظهر أمي أو)

---

(١) ، (٢) سورة المجادلة ، الآية : ٢ . (٣) سورة الأحزاب ، الآية : ٤ .

(٤) الحديث أخرجه ابن حبان في الصحيح ، وأورده الهيثمي في موارد الظمآن (ص٣٢٤) ، كتاب الطلاق ، باب الظهار ، الحديث (١٣٢٤) .

أنت علي كـ (بطن) أمي (أو) أنت عليّ (كيد) أمي ، (أو) أنت عليّ كـ (رأس أمي ، أو) أنت عليّ كيد (أختي ، أو كوجه حماتي ونحوه) قال في المبدع: الإحماء في اللغة أقارب الزوج والأختان أقارب المرأة والأصهار لكل واحد منهما . ونقل ابن فارس أن الإحماء كالأصهار ، فعلى هذا يقال : هذه حماة زيد وحماة هند ، (أو يقول: ظهرك) كظهر أمي أو بطنها ونحوه ، (أو) يقول : (يدك أو رأسك أو جلدك أو فرجك عليّ كظهر أمي أو كيد أختي أو عمتي أو خالتي من نسب أو رضاع) في الكل، (وإن قال) : أنت أو يدك ونحوها عليّ (كشعر أمي أو كسنها أو) كـ (ظفرها) فليس بظهار ، لأنها ليست من الأعضاء الثابتة ، (أو شبه شيئاً من ذلك) أي الظفر والشعر والسن ونحوها (من امرأته بأمه أو بعضو من أعضائها) بأن قال : شعر امرأتي أو سنها أو ظفرها عليّ كأمي أو كظهرها ، (أو قال : كروح أمي أو عرقها أو ريقها أو دمعها أو دمها) فليس بظهار لما سبق ، (أو قال : وجهي من وجهك حرام فليس بظهار) بل لغو ، نص عليه ، لأنه يستعمل كثيراً في غير الظهار ولا يؤدي معناه (وإن قال : أنا مظاهر) فلغو ، (أو) قال : (على الظهار أو على الحرام أو الحرام لي لازم فلغو) إلا مع نية أو قرينة ، (ومع نية أو قرينة) تدل على الظهار (ظهار) لأنه نوى الظهار بما يحتمل لفظه ، فكان ظهاراً ، وتقدم كلام الفروع وتصحيحه لو نوى به الطلاق ، (وكذا أنا عليك حرام) يكون ظهاراً مع نية أو قرينة ، لأن تحريم نفسه عليها يقتضي تحريم كل واحد منهما على الآخر ، (أو) أنا عليك (كظهر رجل) يكون ظهاراً مع نية أو قرينة، لأن تشبيه نفسه بغيره من الرجال يلزم منها تحريمها عليه كما تحرم على ذلك الغير ، فيكون ظهاراً كما لو شبهها بمن تحرم عليه ، فإن لم تكن نية ولا قرينة فلغو .

(ويكره أن يسمى) أي ينادي (الرجل امرأته بمن تحرم عليه كقوله لها : يا أختي ، يا ابنتي ، ونحوه) لما روى : « أنَّ رجلاً قَالَ لامرأته : يا أختي ، فقالَ النبي ﷺ : هيَ أختُكَ » فكره ذلك ونهى عنه ، لأنه لفظ يشبه الظهار ، (ولا يثبت به حكم الظهار لأنه) ليس صريحاً في الظهار ، و(ما نواه به) وكذا نداؤها له يا أخاها ونحوه ، (وإن قال) لامرأته : (أنت عندي) كأمي أو مثل أمي ، (أو) قال : أنت (مني) كأمي أو مثل أمي ، (أو) قال : (أنت عليّ كأمي كان مظاهراً) لأنه شبه امرأته بأمه ، أشبه ما لو شبهها بعضو من أعضائها، وسواء نوى به الظهار أو أطلق، لأنه الظاهر من اللفظ. (وإن قال : أردت كأمي في الكرامة قبل حكماً) لأنه أدعى بلفظه ما يحتمله ، فقبل ، (و) إن قال : (أنت كظهر أمي طالق وقع الظهار والطلاق معاً) لأنه أتى بصريحهما ، وسواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً ، (وأنت طالق كظهر أمي طلقت) لأنه أتى بصريح

الطلاق ، (ولم يكن ظهاراً) جزم به في الشرح، لأنه أتى بصريح الطلاق أولاً، وجعل قوله كظهر أمي صفة له ، فأشبه ما لو نوى به تأكيده (إلا أن ينويه) أي الظهار ، كان الطلاق رجعياً ، وجعلها في المنتهى كالتي قبلها ، (فإن نواه) أي الظهار ، (وكان الطلاق بائناً فكالظهار من الأجنبية، لأنه أتى به) أي بالظهار (بعد بينونتها بالطلاق ، وإن كان) الطلاق (رجعياً كان ظهاراً صحيحاً) لأن الرجعية زوجة ، (و) قوله لامرأته : (أنت أمي أو كأمي أو مثل أمي أو) قوله : (امرأتي أمي ليس بظهار) لأن هذا اللفظ ظاهر في الكرامة ، فتعين حمله عليه عند الإطلاق ، ولأنه ليس بصريح فيه لكونه غير اللفظ المستعمل فيه ، كما لو قال : أنت كبيرة مثل أمي (إلا أن ينويه) أي الظهار (أو يقرن به) أي بهذا اللفظ (ما يدل على إرادته) أي الظهار ، لأن النية تعني اللفظ في المنوي والقرينة شبيهة بها . (وإن قال : أمي امرأتي أو) أمي (مثل امرأتي لم يكن مظاهراً) لأن اللفظ لا يصلح للظهار ، (و) قوله لامرأته : (أنت عليّ كظهر أبي أو كظهر غيره من الرجال) الأقارب أو الأجانب ، (أو) قال : أنت عليّ (كظهر أجنبية ، أو) كظهر (أخت زوجتي أو عمتها أو خالتها ونحوه ظهار) لأنه شبهها بظهر من تحرم عليه ، أشبه ظهر الأم ، وكذا إن شبهها بالميتة ، قاله في المبدع .

(و) لو قال : (أنت عليّ كظهر البهيمة) فلا ظهار، لأنه ليس محلاً للاستمتاع ، (أو) قال : (أنت حرام إن شاء الله فلا ظهار) وكذا لو قدم الاستثناء ، كقوله : والله لا أفعل كذا إن شاء الله بجامع أنها يمين مكفرة ، (وأنت عليّ حرام ظهار ، ولو نوى طلاقاً) فقط أو مع ظهار ، (أو) نوى (يميناً) لأنه تحريم أوقعه على الزوجة ، فكان ظهاراً كتشبيهها بظهر أمه ، وحكاه إبراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس وغيرهما ، (وإن قال ذلك) أي أنت عليّ حرام (لمحرمة عليه بحيض أو نحوه) كنفاس أو إحرام ، (ونوى الظهار فظهار) لأن اللفظ يصلح له ، (وإن نوى أنها محرمة عليه لذلك) أي الحيض ونحوه ، (أو أطلق) فلم ينو شيئاً (فليس بظهار) لأنه صادق في تحريمها عليه للحيض ونحوه .

(وإن قال : الحل عليّ حرام أو ما أحل الله لي) حرام (أو ما انقلب إليه حرام فمظاهر) لتناول ذلك لتحريم الزوجة ، (وإن صرح بتحريم المرأة أو نواها ، كقوله : ما أحل الله عليّ حرام من أهل ومال فهو آكد ، وتجزيه كفارة الظهار لتحريم المرأة والمال) لأنه يمين واحدة ، فلا يوجب كفارتين ، واختار ابن عقيل يلزمه كفارتان للظهار ولتحريم المال ، لأنه لو انفرد أوجب كذلك ، فكذا إذا اجتمعا ، (وأنت عليّ كظهر أمي حرام) ظهار ، (أو أنت عليّ حرام كظهر أمي ظهار) لأنه صريح فيه .

(فصل فيمن يصح ظهاره)[1]

ويصح الظهار من كل زوج يصح طلاقه، فكل زوج صح طلاقه صح ظهاره، لأنه قول يختص النكاح أشبه الطلاق ، (فيصح ظهار الصبي المميز) لأنه يصح طلاقه . (وقال الموفق : الأقوى عندي أنه لا يصح من الصبي) ولو مميز (ظهار ولا إيلاء) لأنه يمين مكفرة ، فلم ينعقد في حقه كاليمين ، ولأن الكفارة وجبت لما فيه من قول المنكر والزور، وذلك مرفوع عن الصبي، لأن القلم مرفوع عنه . (ويصح) الظهار (من الذمي) لأنه تجب عليه الكفارة إذا حنث ، فوجب صحة ظهاره كالمسلم ، و(كجزاء صيد ويكفر بغير صوم) أما بالعتق إن قدر أو الإطعام ، لأن الصوم لا يصح منه ، (ويصح) الظهار (من السكران بناء على) صحة (طلاقه ، و) يصح (من العبد) كالحر ، (ويأتي حكم تكفيره، ويصح) الظهار (ممن يخنق في الأحيان في إفاقته كطلاقه) في إفاقته، لأنه عاقل (ولا يصح ظهار الطفل ، و) لا ظهار (المكره ، و) لا ظهار (الزائل العقل بجنون أو إغماء أو نوم أو غيره) كشرب دواء أو مسكر مكرهاً، لأنه لا حكم لقولهم ، (ويصح) الظهار (من كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة حرة أو أمة ، مسلمة أو ذمية وطؤها ممكن أو غير ممكن) لعموم الآية ، ولأنها زوجة يصح طلاقها فيصح ظهارها ، (فإذا ظاهر) سيد من أمته ، (أو) من (أم ولده ، أو قال لها) أي لأمته أو لأم ولده : (أنت عليّ حرام فعليه كفارة يمين) كتحريم سائر ماله . وقال نافع : حَرَّمَ رَسُولُ الله ﷺ جَارِيَتَهُ فأمرَهُ اللهُ أنْ يُكَفِّرَ يمِينَهُ » .

(وإن قالت لزوجها : « أنت عليّ كظهر أبي » أو قالت : إن تزوجت فلاناً فهو عليّ كظهر أبي فليس بظهار) للآية ، ولأنه قول يوجب تحريم الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق ، (وعليها كفارته) أي كفارة الظهار ، لأن عائشة بنت طلحة قالت : « إن تزوجت مُصعَبَ بنَ الزبيرِ فهُوَ عليَّ كظهرِ أبي فاستَفْتَتْ أصحاب رسول الله ﷺ فأفتوهَا أنْ تَعْتِقَ رَقَبَةً وتتزَوَّجَهُ » رواه سعيد والأثرم والدارقطني . ولأنها زوج أتى بالمنكر من القول والزور كالآخر ، ولأن الظهار يمين مكفرة فاستوى فيها المرأة والرجل . قاله أحمد .

و(لا تجب) الكفارة (عليها حتى يطأها مطاوعة) كالرجل إذا ظاهر منها ، (ويجب عليها تمكينه قبلها) أي قبل إخراج الكفارة ، لأن ذلك حق عليها ولا يسقط بيمينها بالله (وإن قال لأجنبية : أنت عليّ كظهر أمي ، أو) قال لأجنبية : (إن تزوجتك فأنت

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

عليّ كظهر أمي لم يطأها إن تزوجها حتى يكفر كفارة الظهار) لأنه إذا تزوجها تحقق معنى الظهار فيها ، وحيث كان كذلك امتنع وطؤها قبل التكفير . وعلم منه صحة الظهار من الأجنبية ، ورواه أحمد عن عمر ، لأنها يمين مكفرة فصح عقدها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى ، والآية خرجت مخرج الغالب . والفرق بينه وبين الطلاق أن الطلاق حل قيد النكاح ، ولا يمكن حله قبل عقده والظهار تحريم للوطء ، فيجوز تقديمه على العقد كالحيض . وإنما اختص حكم الإيلاء بنسائه لكونه يقصد الإضرار بهن ، والكفارة هنا وجبت لقول المنكر والزور ، فلا يختص ذلك بنسائه ، (وكذا إن قال : كل النساء) عليّ كظهر أمي ، (أو) قال : (كل امرأة أتزوجها عليّ كظهر أمي ، فإن تزوج نساء وأراد العود) أي الوطء (فعليه كفارة واحدة ، وسواء تزوجهن في عقد أو عقود) لأنها يمين واحدة فلا توجب أكثر من كفارة ، (فإن قال لأجنبية : أنت عليّ كظهر أمي ، وقال : أردت أنها مثلها في التحريم دين) لأنه أدرى بما أراده ، (ولم يقبل) منه (في الحكم) لأنه صريح في الظهار ، (وإن قال لها) أي لأجنبية : (أنت عليّ حرام ، وأراد في كل حال فمظاهر) فلا يطؤها إذا تزوجها حتى يكفر ، لأن لفظة الحرام صريح في الظهار من الزوجة ، فكذا الأجنبية .

(وإن أراد) أنها حرام (في تلك الحال) أي حال كونها أجنبية (أو أطلق) فلم ينو شيئاً فلا ظهار ، لأنه صادق ، (ولو ظاهر من إحدى زوجتيه ، ثم قال للأخرى : أشركتك معها أو أنت مثلها فصريح في حق الثانية أيضاً) كالطلاق ، وتقدم ، (ويصح الظهار معجلاً) أي منجزاً كما سبق ، (و) يصح (معلقاً بشرط نحو إن دخلت الدار صار مظاهراً) لوجود شرطه . (و) يصح (مطلقاً ومؤقتاً نحو أنت عليّ كظهر أمي شهراً أو شهر رمضان ، فإذا مضى الوقت زال الظهار وحلت بلا كفارة ولا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة) لأن التحريم صادف ذلك الزمن دون غيره ، فوجب أن ينقضي بانقضائه ، (وأنت عليّ كظهر أمي إن شاء الله) لا ينعقد ظهاره نص عليه ، لأنها يمين مكفرة فصح فيها الاستثناء كاليمين بالله ، (أو) قال : (ما أحل الله عليّ حرام إن شاء الله) لا ينعقد ظهاره ، (أو) قال : (أنت عليّ حرام إن شاء) لا ينعقد ظهاره لما تقدم، (أو) قال : أنت عليّ حرام ونحوه (إن شاء الله وشاء زيد فشاء زيد) لا ينعقد ظهاره، لأنه علقه على شيئين ، فلا يحصل بأحدهما ، (وأنت إن شاء الله حرام ونحوه) كانت إن شاء الله عليّ كظهر أمي (لا ينعقد ظهاره) لما مر ، (و) إن قال : (أنت عليّ حرام والله لأوكلنك إن شاء الله عاد الاستثناء إليهما) أي للظهار واليمين بالله فلا

كفارة عليه فيهما ، لأن العطف يصير الجملتين كالواحدة (إلا أن يريد) عوده إلى (أحدهما) فيختص بها ، لأن النية مخصصة .

★ ★ ★

فصل في حكم الظهار

(ويحرم على مظاهر ومظاهر منها الوطء) قبل التكفير للآية ، ولما روى عكرمة عن ابن عباس : « أنَّ رجلاً أتى النبيَّ ﷺ فقالَ : إني ظاهَرْتُ من امرأتي فوَقَعْتُ عَلَيْهَا قَبْلَ أنْ أكَفِّرَ ، فقالَ : ما حملكَ عليّ ذلكَ يَرْحَمُكَ اللهَ ، فقالَ : رأيتُ خُلْخَالها في ضوءِ القَمَرِ ؟ فقالَ : لا تَقْرَبها حتى تَفْعَلَ مَا أمَرَكَ اللهُ بِهِ » رواه أبو داود والترمذي وحسنه ، والنسائي ، وقال : المرسل أولى بالصواب .

(و) يحرم أيضاً (الاستمتاع منها بما دون الفرج قبل التكفير) لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والإحرام ، (ومن مات منهما) أي المظاهر والمظاهر منها (ورثه الآخر) وإن لم يكفر كالمولي منها (وتجب الكفارة) أي تثبت في ذمته (بالعود وهو الوطء في الفرج) لقوله تعالى : ﴿ والَّذينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لما قالوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [1] فأوجب الكفارة عقب العود ، وذلك يقتضي تعلقها به ، (و) لا تجب قبل (ذلك) إلا (أنها شرط لحل الوطء ، فيؤمر بها من أراده ليستحله بها) كما يؤمر بعقد النكاح من أراد حلها ، ولأن العود في القول هو فعل ضد ما قال ، كما أن العود في الهبة استرجاع ما وهب ، (وتقديم الكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها لوجود سببها) وهو الظهار (كتعجيل الزكاة قبل الحلول بعد كمال النصاب) وكتقديم كفارة اليمين بعد الحلف وقبل الحنث ، (ولو مات أحدهما أو طلقها) المظاهر (قبل الوطء فلا كفارة) عليه ، ولو كان عزم على الوطء ، لأنه لم يعد إلى ما قال خلافاً لأبي الخطاب ، لأن العود عنده العزم على الوطء وفاقاً لمالك وأنكره أحمد ، (فإن عاد) المظاهر بعد أن طلق المظاهر منها (فتزوجها لم يطأها حتى يكفر) سواء كان الطلاق ثلاثاً أو لا ، وسواء رجعت إليه بعد زوج آخر أو لا للآية كالتي لم يطلقها ، ولأن

---

(١) الحديث بمعناه عند الدارمي في السنن ، كتاب الطلاق ، باب في الظهار ، وأخرجه أبو داود في كتاب الطلاق ، باب في الظهار ، وأخرجه الترمذي في السنن ، كتاب تفسير القرآن ، باب ومن سورة المجادلة ، وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (ص٢٤٨ -٢٤٩) ، باب في الظهار ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٢٠٣/٢ ، كتاب الطلاق ، باب مسألة الظهار ، وقال : « على شرط مسلم » ، ووافقه الذهبي .

(٢) سورة المجادلة ، الآية : ٣ .

الظهار يمين مكفرة فلم يبطل حكمها بالطلاق كالإيلاء ، (وإن وطيء) المظاهر التي ظاهر منها (قبل التكفير أثم مكلف) منهما أو من أحدهما ، لأنه عصي ربه بمخالفته أمره، (واستقرت عليه) أي المظاهر (الكفارة ولو مجنوناً) نص عليه ، فلا تسقط بعد ذلك كالصلاة إذا غفل عنها في وقتها . (وتحريمها) أي المظاهر منها (باق عليه حتى يكفر) لظهاره لقوله ﷺ في الحديث السابق : « لا تَقْرَبها حتى تفعلَ ما أمَرَكَ اللهُ به » (وتجزيه كفارة واحدة) لحدث سلمة بن صخر ، ولأنه وجد الظهار والعود ، فيدخل في عموم الآية .

(وإن ظاهر من امرأته الأمة ثم اشتراها) انفسخ النكاح وحكم الظهار باق ، و (لم تحل له حتى يكفر) للآية ، ولأن الظهار لا يسقط بالطلاق المزيل للملك والحل فبملك اليمين أولى ، (فإن عتقها عن كفارته) أي كفارة ظهاره منها (صح) العتق وأجزأته ، حيث كانت سليمة لعموم الآية ، (فإن تزوجها بعد ذلك حلت له بلا كفارة) لأن الكفارة قد تقدمت ، (فإن عتقها في غير الكفارة) عن ظهاره منها بأن أعتقها تبرعاً أو عن نذر أو كفارة قتل أو ظهار من امرأة له أخرى ، (ثم تزوجها لم تحل له حتى يكفر) لظهاره منها لبقائه كما سبق ، (وإن تكرر الظهار قبل التكفير فكفارة واحدة في مجلس كان أو مجالس نوى التأكيد والإفهام) أو الاستئناف (أو لم ينو) بأن أطلق، لأن ما بعد الأول قول لم يؤثر تحريم الزوجة فلم يجب به كفارة ظهار كاليمين بالله تعالى . (وإن ظاهر ثم كفر ثم ظاهر فكفارة ثانية) للظهار الثاني . قال في المبدع : بغير خلاف ، لأنه أثبت في المحل تحريماً أشبه الأول . (وإن ظاهر من نسائه بكلمة واحدة ، بأن قال : أنتن عليّ كظهر أمي ، فـ) عليه (كفارة واحدة) بغير خلاف في المذهب ، قاله في الشرح ، ورواه الأثرم عن عمر وعليّ ، ولأنها يمين واحدة فلم يجب بها أكثر من كفارة كاليمين بالله ، (وإن كان) الظهار من نسائه (بكلمات بأن قال لكل واحدة) منهن : (أنت عليّ كظهر أمي فلكل واحدة كفارة) لأنها أيمان في محال مختلفة أشبه ما لو وجدت في عقود متفرقة بخلاف الحد ، فإنه عقوبة يدرأ بالشبهة .



فصل في كفارة الظهار وغيرها

مما هو في معناها ، وذلك ككفارة الوطء في نهار رمضان وكفارة القتل (فكفارة الظهار على الترتيب ، فيجب تحرير رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع

فإطعام ستين مسكيناً) لقوله تعالى : ﴿ والَّذينَ يُظاهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ﴾ [1] الآيتين ، ولحديث خولة امرأة أوس بن الصامت حين ظاهر منها ، فقال لها النبي ﷺ : « يَعتِقُ رَقَبَةً ، قالَتْ - يعني امرأته - : لا يجدُ ، قالَ : فَيَصُومُ شهرَينِ مُتَتَابِعَينِ ، قالت : شيخٌ كبيرٌ ما بِهِ من صيامٍ ؟ قال : فَيُطْعِمُ ستين مِسكيناً » [2] وهذا في الحر ، ويأتي حكم العبد (وكفارة الوطء في نهار رمضان مثلها) فيما ذكر ، وسبق ذلك ، (وكفارة القتل مثلهما لكن لا إطعام فيها) لأنه لم يذكر في كتاب الله ، ولو كان واجباً لذكره كالعتق والصيام (والاعتبار في الكفارات بحالة الوجوب) لأنها تجب على وجه الظهرة ، فكان الاعتبار بحالة الوجوب (كالحد) نص عليه ، (وإمكان الأداء مبني على زكاة) وتقدم أنه ليس شرطاً لوجوبها بل للزوم أدائها ، (فإن وجبت) الكفارة (وهو موسر) بها (ثم أعسر لم يجزئه إلا العتق) لأنه هو الذي وجب عليه ، فلا يخرج من العهدة إلا به (وإن وجبت وهو معسر ثم أيسر) لم يلزمه العتق ، (أو) وجبت (وهو عبد ثم عتق لم يلزمه العتق) لأنه غير ما وجب عليه . لا يقال : الصوم بدل عن العتق ، فإذا وجد من يعتقه وجب الانتقال إليه كالمتيمم ، يجد الماء قبل الصلاة أو فيها للفرق بينهما، فإن الماء إذا وجد بعد التيمم بطل بخلاف الصوم ، فإن العتق لو وجد بعد فعله لم يبطل (وله) أي للمعسر إذا أيسر والعبد إذا عتق (الانتقال إليه) أي إلى العتق (إن شاء) لأن العتق هو الأصل ، فوجب أن يجزيه كسائر الأصول (ووقت الوجوب) في كفارة الظهار (من وقت العود) وهو الوطء (لا) من (وقت المظاهرة) لأن الكفارة لا تجب حتى يعود (وقته) أي الوجوب (في اليمين) بالله (من) وقت (الحنث لا) من (وقت اليمين) لأنها لا تجب حتى يحنث ، (و) وقت الوجوب (في القتل زمن الزهوق لا زمن الجرح) لأنها لا تجب إلا بالزهوق .

(فإن شرع) من وجبت عليه كفارة الظهار أو نحوها (في الصوم ثم قدر على العتق لم يلزمه الانتقال إليه) لأنه لم يقدر على العتق قبل لبسه بالصيام ، أشبه ما لو استمر العجز إلى ما بعد الفراغ ، ولأنه وجد المبدل بعد الشروع في البدل ، فلم يلزمه الانتقال إليه كالمتمتع يجد الهدى بعد الشروع في صيام الأيام الثلاثة ويفارق ما إذا وجد الماء في الصلاة فإن قضاءها يسير .

« تنبيه » : قوله : فإن شرع إلى آخره مبني على رواية أن الاعتبار بأغلظ الأحوال كما يعلم من المقنع وغيره ، فالأولى حذفه ، لأنه لم يذكر الرواية التي هو مفرع عليها ، أما

---

(1) سورة المجادلة ، الآية : ٣ ، ٤ .   (2) راجع : ١/ ٣٧٤ .

على الأولى ، فمتى وجبت وهو معسر لم يلزمه العتق شرع في الصوم أو لا كما يعلم مما سبق ، (وله أن ينتقل إليه) أي إلى العتق بعد الشروع في الصوم ، (أو) له (أن ينتقل (إلى الإطعام والكسوة في كفارة اليمين) لأن ذلك هو الأصل فوجب إجزاؤه كسائر الأصول ، (وإن كفر الذمي) عن ظهاره (بالعتق لم يجزئه إلا رقبة مؤمنة) كالمسلم ، (فإن كانت في ملكه أو ورثها) فأعتقها (أجزأت عتقه) وحل له الوطء ، (وإلا فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة) لأنه لا يصح منه شراؤها لقوله تعالى : ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [1] ، (ويتعين تكفيره بالإطعام) لعجزه عن العتق والصيام (إلا أن يقول) الذمي (لمسلم : أعتق عبدك) المسلم (عني وعلى ثمنه فيصح) عتقه عنه ويجزيه ، (وإن أسلم قبل التكفير بالإطعام فكالعبد يعتق قبل التكفير بالصيام) لأن الاعتبار بوقت الوجوب فيجزيه الإطعام ، وله أن يكفر بالعتق والصيام .

(وإن ظاهر وهو مسلم ثم ارتد وصام في ردته عن كفارته لم يصح) صومه عنها كسائر صومه ، (وإن كفر) المرتد (بعتق أو إطعام لم يجزئه نصاً) لأنه محجور عليه لحق المسلمين . وقال القاضي : المذهب أنه موقوف .



فصــل

فمن ملك رقبة لزمه العتق ، (أو أمكنه تحصيلها) أي الرقبة (بما) أي بشيء من نقد أو غيره (هو فاضل عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام ، و) عن (غيرها أي غير كفايته وكفاية من يمونه (من حوائجه الأصلية) لأنها قريبة من كفايته ومساوية لها ، بدليل تقديمها على غرماء المفلس ، (ورأس ماله كذلك) أي رأس المال الذي يحتاجه لكفايته وكفاية عياله وحوائجه الأصلية والكاف للتعليل كما قيل في قوله تعالى : ﴿ كَمَا هَدَاكُمْ ﴾ [2] .

(و) عن (وفاء دينه ولو لم يكن مطالباً به) أي بالدين ، لأن ما استغرقته حاجة الإنسان كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل ، كمن وجد ما يحتاجه للعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم (بثمن مثلها) لأن ما حصل بأكثر من ثمن المثل يجوز له الانتقال كالمتيمم (لزمه العتق) إجماعاً . قاله في المبدع ، (وليس له الانتقال إلى الصوم إذا كان حراً مسلماً) لقدرته على الرقبة ، (ولو كان له عبد اشتبه بعبد غيره أمكنه العتق) وكذا لو اشتبهت أمته بأمة غيره (بأن يعتق الرقبة التي في ملكه ثم يقرع بين الرقاب

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٤١ .　　(٢) سورة البقرة ، الآية : ١٩٢ .

فيعتق) أي يظهر عتق (من وقعت عليه القرعة) هذا قياس المذهب ، قاله القاضي وغيره (ومن له خادم يحتاج إلى خدمته إما لكبر أو مرض أو زمانة أو عظم خلق ونحوه مما يعجز عن خدمة نفسه) كهزال مفرط ، (أو يكون) من له خادم (ممن لا يخدم نفسه عادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته) لم يلزمه العتق ، (أو له دار يسكنها) لم يلزمه العتق بثمنها ، (أو) له (دابة يحتاج إلى ركوبها ، أو) إلى (الحمل عليها ، أو) له (كتب علم يحتاجها ، أو) له (ثياب يتجمل بها) لم يلزمه العتق بثمنها (إذا كان صالحاً لمثله) لأنه في حكم العدم كمن معه ماء يحتاج إليه لعطش أو نحوه ، (أو لم يجد رقبة إلا بزيادة عن ثمن مثلها تجحف به لم يلزمه العتق) لأن عليه ضرراً في ذلك . (وإن كانت) الزيادة (تجحف به لزمه) العتق كما لو وجدها بثمن مثلها ، (وإن وجد ثمنها وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها) لما فيه من الضرر عليه .

(وإن كان له مال يحتاجه لأكل الطيب ولبس الناعم وهو من أهله لزمه شراؤها) أي الرقبة لعدم عظم المشقة ، (وإن كان له خادم يخدم امرأته ، وهو) أي الزوج (ممن عليه إخدامها) لكون مثلها لا يخدم نفسه لم يلزمه العتق كما لو احتاجه لخدمة نفسه ، (أو كان له رقيق يتقوت بخراجهم أو) له (عقار يحتاج إلى غلته أو عرض للتجارة ، ولا يستغنى عن ربحه في مؤونته) ومؤونة عياله وحوائجه الأصلية (لم يلزمه العتق) لأنه غير فاضل عن حاجته ، (وإن استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه أن يشتري به رقبة لزمه) العتق لقدرته عليه بلا ضرر ، (فلو كان له خادم يمكن بيعه ويشتري به) أي بثمنه (رقبتين يستغنى بخدمة إحداهما ويعتق الأخرى لزمه ذلك ، وكذا لو كان له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه في لباسه ، و) شراء (رقبة يعتقها) في كفارته ، (أو له دار) فوق ما يحتاجها (يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه لسكنى مثله ورقبة) يعتقها بالباقي لزمه ، لأنه أمكنه العتق بلا ضرر ، (أو) له (صنعة يفضل منها عن كفايته ما يمكنه به من شراء رقبة ، ويراعى في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة لزمه) العتق، لأنها بثمن مثلها ، ولا يعد شراؤها بذلك ضرراً ، وإنما الضرر في إعتاقها ، وذلك لا يمنع الوجوب كما لو كان مالكاً لها ، (ويستثنى من ذلك لو كان له سرية لم يلزمه إعتاقها ، وإن أمكنه بيعها ، أو) أمكنه (شراء رقبة أخرى و) شراء (رقبة يعتقها لم يلزمه ذلك) لأن الغرض قد يعلق بعينها بخلاف الخادم ، (وإن وجد رقبة) تباع (بثمن مثلها إلا أنها رفيعة يمكن أن يشتري بثمنها رقاباً من غير جنسها لزمه شراؤها) مع عدم غيرها وكون ثمنها فاضلاً عن حاجته كما تقدم ، ولقدرته على العتق بلا ضرر ، (وإن وهبت له رقبة) يعتقها (لم يلزمه قبولها) كما لو وهب له

ثمنها لما فيه من المنة عليه ، بخلاف ماء التيمم لعدم تموله عادة ، (وإن كان ماله غائباً وأمكنه شراؤها) أي شراء رقبة يعتقها (بـ) ثمن (نسيئة) لزمه ذلك ، (أو كان ماله ديناً مرجو الوفاء) وأمكنه شراء الرقبة نسيئة (لزمه ذلك) لأنه قادر عليها بما لا مضرة فيه ، (فإن لم تبع بالنسيئة جاز الصوم ولو في غير كفارة الظهار) للحاجة وكالعادم . وفي الشرح إذا كان يرجو الحضور قريباً لم يجز الانتقال إلى الصوم ، لأن ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة ، وإن كان بعيداً جاز الانتقال في غير كفارة الظهار ، لأنه لا ضرر في الانتظار . وهل يجوز في كفارة الظهار ؟ على وجهين :

أحدهما : لا يجوز ، لوجود الأصل في ماله .

والثاني : يجوز ، لأنه يحرم عليه المسيس ، فجاز له الانتقال للحاجة .

★ ★ ★

(فصل فيما يجزيء في الكفارات)[1]

ولا يجزيء في جميع الكفارات وفي نذر العتق المطلق إلا عتق (رقبة مؤمنة) حكاه ابن المنذر إجماعاً في كفارة القتل لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ [2] وما عدا كفارة القتل ، فبالقياس عليها لقوله ﷺ : « أعْتِقْهَا فإنها مُؤْمِنَةٌ » رواه مسلم من حديث معاوية. (سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً) لأن المقصود تمليك الرقبة منافعها وتمكينها من التصرف لنفسها ، ولا يحصل هذا مع ما ضر بالعمل ضرراً بيناً (كالعمي) لأنه لا يمكن العمل في أكثر الصنائع ، (و) كـ (قطع اليدين أو إحداهما ، أو) قطع (الرجلين أو إحداهما أو أشل شيء من ذلك) أي من اليدين أو إحداهما أو الرجلين أو إحداهما ، لأن اليد آلة البطش والرجل آلة المشي ، فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلف إحداهما أو شللها (أو قطع إبهام اليد أو قطع أنملة منه) أي من إبهام اليد ، (أو) قطع (أنملتين من غيره) أي من غير الإبهام كالسبابة والوسطى) كقطع الكل) أي كل ذلك الإصبع الذي قطع أنملتاه ، (أو قطع سبابتها أو الوسطى) من يد (أو قطع الخنصر والبنصر من يد واحدة) لأن نفع اليد يزول بذلك (وقطع أنملة واحدة من غير الإبهام ، ولو) كان قطع الأنملة (من الأصابع الأربع لا يمنع الإجزاء) لأن نفع اليد باق لم يزل بذلك (ويجزيء من قطعت خنصره) فقط ، (أو) بنصره فقط ، (أو) قطعت (إحداهما من يد ، و) قطعت (الأخرى من اليد الأخرى) بأن قطعت الخنصر من اليمنى والبنصر من اليسرى أو بالعكس ، لأن نفع الكفين باق ، (و)

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .   (٢) سورة النساء ، الآية : ٩٢ .

يجزيء (من قطعت أصابع قدمه كلها) هذا ما اختاره المصنف تبعاً لجماعة . وفي التنقيح وتبعه في المنتهى حكم الرجل في ذلك كاليد . وقد ذكرت كلامه في حاشيته على التنقيح في حاشية المنتهى ، (و) يجزيء (الأعرج يسيراً) ويجزيء أيضاً (من يخنق في الأحيان ، و) تجزيء (الرتقاء والكبيرة التي تقدر على العمل والأمة المزوجة والحبلى وله استثناء حملها والمدبر وولد الزنا والصغير حيث كان محكوماً بإسلامه) تبعاً لأحد أبويه أو لسابيه أو للدار ، (و) يجزيء (الأعرج والمؤجر والمرهون ولو كان الراهن معسراً) وينفذ عتقه ويتبعه المرتهن بدينه إن حل أو قيمة العبد تجعل رهناً مكانه إذا أيسر وتقدم في الرهن . (و) يجزيء (الخصي ولو مجبوباً والأقرع والأبخر والأبرص وأصم غير أخرس) لأن هذه العيوب كلها لا تضر بالعمل ضرراً بيناً ، (و) يجزيء (الجاني) لأن جنايته لا تمنع صحة عتقه ، ولا تضر بعمله ، (ولو قتل في الجناية) لأن الإجزاء حصل بمجرد العتق ، ولا يرتفع عتقه بذلك ، (و) يجزيء (الأحمق ، وهو الذي يعمل القبيح والخطأ على بصيرة ، لقلة مبالاته بما يعقبه من المضار ، ويجزيء مقطوع الأنف ، و) مقطوع (الأذنين ، ومن ذهب شمه) لأن ذلك لا يضر بالعمل ، (ولا يجزيء مرض ميئوس من برئه كمرض السل) بكسر السين وتقدم ، لأنه يندر برؤه ولا يتمكن من العمل مع بقائه ، (ولا يجزيء) أيضاً (النحيف العاجز عن العمل) لأنه كالمريض الميئوس من برئه ، (وإن كان) النحيف (يتمكن من العمل أجزأ كمريض يرجى برؤه كمن به حمى ونحوه) كصداع ، لأن ذلك لا يمنعه من العمل (ولا يجزيء جنين وإن ولد حياً) لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا بعد ، (ولا) يجزيء (زمن ولا مقعد) لعجزهما عن العمل ، (ولا) يجزيء (غائب لا يعلم خبره) لأنه مشكوك في حياته ، والأصل بقاء شغل الذمة ولا يبرأ بالشك . لا يقال : الأصل الحياة ، لأنه قد علم أن الموت لا بد منه ، وقد وجدت دلالة عليه وهو انقطاع خبره ، (فإن أعتقه) أي الغائب (ثم تبين أنه حي أجزأ) لأنه عتق صحيح ، (و) يجزيء (مجنون مطبق) لأنه معدوم النفع ضرورة استغراق زمنه في الجنون ، وفي معناه الهرم ، قاله في الرعاية.

(ولا) يجزيء (أخرس لا تفهم إشارته) لأن منفعته زائلة ، أشبه زوال العقل ، (فإن فهمت إشارته (وفهم) أي الأخرس (إشارة غيره أجزأ) عتقه ، لأن الإشارة تقوم مقام الكلام ، (ولا أخرس أصم ولو فهمت إشارته) لأنه ناقص بفقد حاستين تنقص بفقدهما قيمته نقصاً كثيراً ، (ولا من علق عتقه بصفة عند وجودها) كما لو قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر ثم دخلها ، ونوى السيد حال دخوله أنه عن كفارته لم يجزئه، لأن عتقه مستحق بسبب آخر وهو الشرط ، (فإن علق عتقه للكفارة) بأن قال : إن

اشتريتك فأنت حر للكفارة ، ثم اشتراه لها أجزأ ، لأن عتقه للكفارة ، (أو) علق عتق عبد بصفة كقدوم زيد ودخوله الدار ، ثم (أعتقه قبل وجود الصفة أجزأ) لأنه أعتق عبده الذي يملكه عن الكفارة ، (ولا) يجزيء (من يعتق عليه بالقرابة) لقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [1] والتحرير فعل العتق ولم يحصل هنا بتحرير منه ولا إعتاق ، فلم يكن ممتثلاً للأمر ، ويفارق المشتري البائع من وجهين :

أحدهما : أن البائع يعتقه والمشتري لا يعتقه ، وإنما يعتق بإعتاق الشارع من غير اختياره .

الثاني : أن البائع لا يستحق عليه إعتاقه بخلاف المشتري ، (ولا من اشتراه بشرط العتق) لأنه إذا فعل ذلك فالظاهر أن البائع نقصه من الثمن لأجل هذا الشرط فكأنه أخذ عن العتق عوضاً ، (ولو قال له) أي للمظاهر ونحوه : ممن عليه كفارة (رجل) أو امرأة (أعتق عبدك عن كفارتك ولك عشرة دنانير ففعل) أي أعتقه لذلك (لم تجزئه عن الكفارة) لاعتياضه عن العتق ، (وولاؤه له) لعموم الحديث : « الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » (فإن رد) المعتق (العشرة بعد العتق على باذلها ليكون العتق عن الكفارة لم يجز) أي العتق (عنها) لأن العتق ابتداء وقع غير مجزيء فلم ينقلب مجزئاً برد العوض . (وإن قصد) المعتق ابتداء (العتق عن الكفارة وحدها وعزم على رد العشرة أو رد العشرة قبل العتق وأعتقه عن كفارته أجزأه) عتقه عن كفارته لتمحضه لها .

(وإن اشترى عبداً ينوي إعتاقه عن كفارته فوجد به عيباً لا يمنع الإجزاء في الكفارة) كالعور ، (فأخذ أرشه ثم أعتقه عن كفارته أجزأه له) عتقه عنها لعدم المانع ، (وكان الأرش له) كما لو لم يعتقه ، (فإن أعتقه قبل العلم بالعيب ثم ظهر على العيب فأخذ أرشه ، فهو) أي الأرش (له أيضاً) كما لو أخذه قبل إعتاقه وعنه أنه يصرف الأرش في الرقاب ، (ولا تجزيء أم ولد) لأن عتقها مستحق بسبب آخر كرحمه المحرم ، (ولا) يجزيء أيضاً (ولدها الذي ولدته بعد كونها أم ولد) لأنه تابع لها وحكمه حكمها ، (ولا) يجزيء (مكاتب أدى من كتابته شيئاً) لأنه إذا أدى شيئاً فقد حصل العوض عن بعضه لم يجز كما لو أعتق بعض رقبة ، (ولا مغصوب) لعدم تمكنه من منافعه ، (ولا من أوصى) ربه قبل موته (بخدمته أبداً) وقبل الموصى له ذلك لنقصه ، (ولو أعتق عن كفارته عبد لا يجزيء) عتقه (في الكفارة) كأقطع (نفذ عتقه) لأنه عتق من مالك جائز التصرف ، (ولا يجزيء عنها) أي الكفارة لما تقدم . (ومن أعتق غيره عنه عبداً

---

(١) سورة المجادلة ، الآية : ٣ .

بغير أمره) في كفارة أو غيرها (لم يعتق عن المعتق عنه إذا كان حياً) لأنه لم يحصل منه عتق ولا أمره به مع أهليته ، (وولاؤه) أي المعتق (لمعتقه) لحديث : « الولاءُ لِمَنْ أعْتَقَ » ، (ولا يجزيء عن كفارته) أي كفارة المعتق عنه ، (وإن نوى) المعتق (ذلك) لأن العتق لم يصدر ممن وجبت عليه الكفارة حقيقة ، ولا حكماً ، (وكذا من كفر عنه غيره بالإطعام) بغير إذنه فإنه لا يجزئه لعدم النية ممن وجبت عليه الكفارة .

(فأما الصيام فلا يصح أن ينوب عنه) أحد ، (ولو بإذنه) لأنه عبادة بدنية محضة ، فلا تدخله النيابة كالصلاة ، (وإن أعتقه عنه بأمره) بأن قال له : أعتق عبدك عني ، (ولو لم يجعل) الآمر (له عوضاً) ممن أعتق عنه فأعتقه عنه (صح العتق عن المعتق عنه ، وله ولاؤه وأجزأ عن كفارته) ويقدر أنه من ملك المأمور لا الآمر حال العتق ، أو كان العتق من الآمر، لأن المأمور كالوكيل عنه ، (فإن كان المعتق عنه ميتاً ، وكان) الميت (قد أوصى بالعتق صح) العتق ، لأن الموصى إليه كالنائب عن الموصي ، (وإن لم يوص) قبل موته بالعتق ، (فأعتق عنه أجنبي لم يصح) أي لم يجز عنه ، لأنه لا ولاية له عليه ، وقد تقدم أنه يجزيء في الولاء ، (وإن أعتق عنه) أي الميت (وارثه ، ولم يكن عليه) أي الميت (واجب) عتق (لم يصح) عتقه (عنه) لأنه إذن كالأجنبي (ووقع) العتق (عن المعتق) الأجنبي أو الوارث ، وتقدم في الولاية أنه يصح ويقع عن الميت ، (وإن كان عليه عتق واجب صح) من الوارث عتقه عنه ، لأنه وليه ، (فإن كان عليه) أي الميت (كفارة يمين فأطعم عنه) الوارث (أو كسا) عشرة مساكين (جاز) لأنه قائم مقام الميت ونائب عنه ، (وإن أعتق عنه) أي عن الميت في كفارة اليمين ، (ففيه وجهان) تقدم في الولاء أنه يصح ، (ولو قال : من عليه الكفارة) أي كفارة اليمين لغيره (أطعم) عن كفارتي (أو أكس عن كفارتي ، صح ذلك كالأمر بالعتق ، سواء (ضمن له عوضاً أو لا) أي أم لم يضمن له عوضاً ، لأنه أذنه في الإخراج عنه ، (ولو ملك نصف عبد فأعتقه عن كفارته وهو معسر ثم اشترى باقيه فأعتقه) أي أعتق العبد المشترك (كله عن كفارته وهو معسر) بقيمة نصيب شريكه (سرى) العتق (إلى نصيب شريكه ، وعتق ولم يجزئه) نصيب شريكه (عن كفارته) لأنه لم يحصل بالمباشرة ، بل بالسراية ، كما لو أعتق نصف عبد ، (وأجزأه عتق نصيبه) أي يحتسب له به من الكفارة ، لأنه باشر عتقه . (فإن أعتق نصفاً آخر أجزأه كمن أعتق نصفي عبدين أو) أعتق (نصفي أمتين ، أو) أعتق (نصف أمة ونصف عبد) لأن الأشقاص كالأشخاص فيما لا يمنع العيب اليسير دليله الزكاة إذا كان يملك نصف ثمانين مشاعاً ، وجبت الزكاة ، كما لو ملك أربعين منفردة وكالهدايا والضحايا إذا اشتركوا فيها .

(ولا فرق بين كون الباقي منها حراً أو رقيقاً ، فإن كان العبد كله له) أي لمن عليه الكفارة ، (فأعتق جزءاً منه معيناً أو مشاعاً عتق جميعه) بالسراية ، (فإن نوى به الكفارة أجزأ عنه) لأنه أعتق رقيقة كاملة الرق له ، ناوياً بها الكفارة فأجزأته ، وظاهر المنتهى لا يجزئه . (وإن نوى إعتاق الجزء الذي باشره بالإعتاق عن الكفارة دون بقيته لم يحتسب له إلا بما نوى) لقوله ﷺ : « وَإنما لِكُلِّ امْرِيءٍ مَا نَوَى » (١) .

★ ★ ★

(فصل في حكم فاقد الرقبة) (٢)

فمن لم يجد رقبة ليشتريها أو وجدها ولم يجد ثمنها فاضلاً عما تقدم من حوائجه ، أو وجدها ، لكن لا تباع إلا بزيادة كثيرة تجحف بماله ، أو وجدها ، لكن احتاجها لخدمة ونحوها ، (فعليه صيام شهرين متتابعين) إذا قدر عليه إجماعاً ، لقوله تعالى : ﴿فَمَنْ لم يجِدْ فَصِيامُ شَهْرَينِ مُتَتَابعينِ مِنْ قَبْلِ أنْ يَتَمَاسّا ﴾ (٣) وأجمعوا على وجوب التتابع ، ومعناه الموالاة بين صوم أيامهما (حراً كان) المكفر (أو عبداً) بغير خلاف نعلمه . قاله في المبدع ، (فلا يجوز أن يفطر فيهما) أي في الشهرين (ولا أن يصوم فيهما عن غير الكفارة) لئلا يفوت التتابع ، (ولا يجب نية التتابع ويكفي فعله) أي التتابع ، لأنه شرط ، وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية ، وإنما تجب النية لأفعالها (وكالمتابعة بين الركعات) في الصلاة فإنها فرض ولا تعتبر نيتها ، (وإن تخلل صومهما صوم) شهر (رمضان) بأن يبتديء الصوم من أول شعبان فيتخلله رمضان لم ينقطع التتابع ، (أو) تخلله (فطر واجب كفطر العيدين وأيام التشريق) بأن يبتديء مثلاً من ذي الحجة ، فيتخلل يوم النحر وأيام التشريق لم ينقطع التتابع ، لأنه زمن منعه الشرع عن صومه في الكفارة كالليل ، (أو) تخلله فطر (كحيض أو نفاس) أجمعوا عليه في الحيض وقيس النفاس ، (أو) تخلله فطر لـ (جنون أو إغماء أو مرض ولو غير مخوف) لم ينقطع التتابع ، لأنه أفطر بسبب لا صنع له فيه ، كالحيض ، (أو) تخلله فطر (لسفر مبيحان) أي المرض والسفر (الفطر) لم ينقطع التتابع ، كالمرض المخوف ، (أو) تخلله (فطر الحامل والمرضع لخوفهما على أنفسهما ، أو) خوفهما على (ولديهما) لم ينقطع التتابع ، لأنه فطر أبيح لعذر عن غير جهتها ، أشبه المرض .

(أو) تخلله فطر (لإكراه أو نسيان أو لخطأ) لحديث : « عُفِيَ لأمّتِي عَنِ الخطَأِ

---

(١) سبق تخريجه في عدة مواضع ، وهو من المتفق عليه .

(٢) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ . (٢) سورة المجادلة ، الآية : ٣ .

وَالنِّسْيَانِ ، ومَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ » . (ولا) إن أفطر (لجهل) فلا يعذر به ومثال الفطر خطأ (كمن أكل يظن أن الفجر لم يطلع ، وقد كان طلع أو أفطر يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب) لم ينقطع التتابع لما سبق ، (أو وطيء غير المظاهر منها ليلاً ولو عمداً) . قال في المبدع : بغير خلافٍ نعلمه ، لأن ذلك غير محرم عليه ، ولا هو مخل بتتابع الصوم كالأكل ، (أو) وطيء غير المظاهر منها (نهاراً ناسياً للصوم أو لعذر يبيح الفطر) لم ينقطع التتابع ، لأن الوطء لا أثر له في قطع التتابع ، (أو) وطيء غير المظاهر منها (في أثناء الإطعام أو العتق أو أصاب المظاهر منها في أثناء الإطعام أو العتق، لم ينقطع التتابع) بذلك ، فيبني على ما قدمه من العتق أو الإطعام ويتمه ، (وإن أفطر يظن أنه قد أتم الشهرين فبان بخلافه) انقطع التتابع ، (أو ظن أن الواجب شهر واحد) فأفطر ، (أو) أفطر (ناسياً لوجوب التتابع أو أفطر لغير عذر) انقطع التتابع لقطعه إياه ، ولا يعذر بالجهل كما تقدم ، ومثل ذلك لا يخفي ، (أو صيام) في أثناء الشهرين (تطوعاً أو قضاء) عن رمضان ، (أو) صام (عن نذر أو كفارة أخرى) انقطع ، لأنه قطعه بشيء يمكنه التحرز منه ، أشبه ما لو أفطر من غير عذر ، (أو أصاب المظاهر منها ليلاً أو نهاراً ، ولو ناسياً ، أو مع عذر يبيح الفطر) كمرض وسفر (انقطع) التتابع لقوله تعالى : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قبلِ أنْ يَتَمَاسَّا ﴾[1] فأمر بصيام شهرين خاليين عن وطء ، ولم يأت بهما كما أمر ، فلم يجزئه كما لو وطئها نهاراً ناسياً ، (ويقع صومه) في أثناء الشهرين (عما نواه) من قضاء أو كفارة أو نذر ، لأنه زمن لم يتعين للكفارة ، (وإن لمس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به) بأن أنزل (قطع التتابع) لفساد صومه ، (وإلا) بأن لم يكن على وجه يفطر به ، بأن لم ينزل ، (فلا) يقطع التتابع لعدم فساد الصوم ، (وحيث انقطع التتابع لزمه الاستئناف) ليأتي بالشهرين المتتابعين ، (فإن كان عليه نذر صوم غير معين) بأن نذر صوم شهر ، أو أيام مطلقة (أخره إلى فراغه من الكفارة) لاتساع وقته ، (وإن كان) النذر (معيناً) كأن نذر صوم المحرم (أخر الكفارة عنه ، أو قدمها عليه إن أمكن) بأن اتسع لها الوقت ، لأنه أمكن الإتيان بكل من الواجبين فلزمه ، (وإن كان) النذر (أياماً من كل شهر كيوم الخميس) ويوم الاثنين ، (أو أيام البيض قدم الكفارة عليه) لوجوبها بأصل الشرع ، (وقضاه بعدها) . قلت : لفوات المحل كما يأتي ، (ويجوز أن يبتديء صوم الشهرين من أول شهر ، و) أن يبتدئه (من أثنائه ، فإن الشهر اسم) مشترك (لما بين الهلالين ، ولثلاثين يوماً ، فإن بدأ من أول شهر فصام شهرين بالأهلة

---

(١) سورة المجادلة ، الآية : ٤ .

أجزأه ، وإن كانا) أي الشهران (ناقصين) أو كان (أحدهما) ناقصاً ، لأنه قد صام شهرين ، (وإن بدأ من أثناء شهر وصام ستين يوماً) أجزأه ، لأنه صام شهرين (أو صام شهراً بالهلال وشهراً بالعدد كمن صام خمسة عشر من المحرم وصام سفر ، و) صام (خمسة عشر من ربيع) الأول (أجزأه وإن كان صفر ناقصاً) لأنه قد صام شهرين منهما) أي عن رمضان ، لأنه لم ينوه عنه ، ولا عن الكفارة ، لأن رمضان لا يسع غيره (انقطع التتابع حاضراً كان أو مسافراً) فيستأنف صوم الشهرين للتتابع ، وإن سافر في رمضان المتخلل لصوم الكفارة وأفطر لم يقطع التتابع ، لأنه زمن لا يستحق صومه عن الكفارة فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل . انتهى .

★ ★ ★

(فصل في العجز عن الصوم) [1]

فإن لم يستطع الصوم لكبر أو مرض ولو رجي زواله أو لخوف زيادته ، أي المرض (أو تطاوله أو لشبق فلا يصبر فيه عن جماع الزوجة إذا لم يقدر على غيرها أو لضعف عن معيشته) التي يحتاجها (لزمه إطعام ستين مسكيناً) إجماعاً ، للآية والخبر ، وعلم منه أنه لا يجوز الانتقال إليه لأجل السفر ، لأنه لا يعجز عن الصيام وله نهاية ينتهي إليها وهو من أفعاله الاختيارية بخلاف المرض (مسلماً حراً أو مكاتباً ذكراً كان أو أنثى كبيراً كان أو صغيراً) لأنه مسكين ، فجاز إطعامه كالكبير ، واعتبر الإسلام فيه كالزكاة ، (ولو لم يأكل الطعام) لأنه مسلم محتاج أشبه الكبير (ولو مجنوناً ويقض لهما وليهما) أي ولي الصغير المجنون كالزكاة ، (ويجوز دفعها) إلى مكاتبة كالزكاة ، (وإلى) كل (من يعطى من زكاة لحاجة) وهو المراد بالمسكين ، ويدخل فيه الفقير فهما صنفان في الزكاة ، صنف واحد في غيرها ، ويدخل فيه ابن سبيل وغارم لنفسه ونحوه ، (ولا يجوز دفعها) أي الكفارة (إلى كافر) كالزكاة ، (ولا) يجوز دفعها (إلى قن) غير مكاتب وأم الولد والمدبر والمعلق عتقه بصفة كالقن الصرف لوجوب نفقتهم على سيدهم، (ولا إلى من تلزمه) أي المكفر (مؤونته) كزوجته وعمودي نسبه ونحوهم ، لأن الزكاة لا تدفع إليهم ، فكذلك الكفارة ، (ويجوز) دفعها (إلى من ظاهره الفقر أو المسكنة) لأن العلم بباطن الأمر متعذر أو متعسر ، (فإن بان) المدفوع إليه من الكفار (غنياً أجزأه) كالزكاة لعسر التحرز عن ذلك ، و(لا) تجزيء (إن) دفعها إليه ثم (بان كافراً أو قناً) لأن ذلك لا يخفى غالباً كالزكاة ، (وإن ردها على مسكين واحد ستين يوماً لم يجزئه) لأن الله تعالى أوجب إطعام ستين مسكيناً ولم يطعم إلا مسكيناً واحداً (إلا أن لِا يجد غيره فيجزيه) ترديدها عليه ، لأنه معذور بعدم وجدان غيره ، (وإن دفع

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

إلى مسكين في يوم واحد من كفارتين أجزأه) لأنه دفع القدر الواجب إلى العدد الواجب فأجزأ ، كما لو دفع إليه ذلك في يومين ، و(كما لو كان الدافع اثنين) ولو دفع ستين مداً إلى ثلاثين مسكيناً من كفارة واحدة كل مسكين مدان أجزأه ثلاثون مداً ، (ويطعم ثلاثين آخرين) ليتم له إطعام ستين مسكيناً ، لأنه هو الواجب فلا يجزيه أقل منه ، (فإن دفع الستين) مداً إلى ثلاثين مسكيناً (من كفارتين أجزأه عن كل كفارة ثلاثون) ويتمم، لأنه دفع القدر الواجب إلى العدد الواجب فأجزأ كما تقدم، (والمخرج في الكفارة ما يجزيء في الفطرة) وهو البر والشعير ودقيقهما وسويقهما والتمر والزبيب والأقط ، (فإن كان قوت بلده غير ذلك كالذرة والدخن والأرز لم يجز إخراجه) لأن الخبر ورد بإخراج هذه الأصناف في الفطرة ، فلم يجز غيرها ، كما لو لم يكن قوت بلده ، واختار أبو الخطاب والموفق وغيرهما يجزيء، لقوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾[1] (وإخراج الحب أفضل) للخروج من الخلاف وهي حالة كماله ، لأنه مدخر ويتهيأ لمنافعه كلها بخلاف غيره ، ونقل ابن هانيء : التمر والدقيق أحب إليّ مما سواهما . وفي الترغيب : التمر أعجب إلى أحمد . قلت : هو قياس ما تقدم في الفطرة .

(فإن أخرج دقيقاً جاز لكن يزيد على المد قدراً يبلغ المد حباً أو يخرجه) أي الدقيق (بالوزن رطلاً) عراقياً (وثلثاً) لأن الحب تفرق أجزاؤه بالطن فيكون في مكيال الحب أكثر مما يكون في مكيال الدقيق ، (ولا يجزيء إخراج خبز) لأنه خرج عن الكل والادخار فأشبه الهريسة ، (وعنه واختاره جمع) منهم الخرقي . قال القاضي وأصحابه: الأولى الجواز ، وفي المغني : هذا أحسن ، أي (إجزاء الخبز) لقوله تعالى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ ما تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ [2] ، وهذا من أوسط ما يطعم أهله وليس الادخار مقصوداً في الكفارة ، فإنها مقدرة بما يقوت المسكين في يومه ، وهذا مهيأ للأكل المعتاد للاقتيات. وأما الهريسة فإنها خرجت عن الاقتيات المعتاد إلى حيز الأدم (ولا يجزيء من البر أقل من مد) وقاله زيد وابن عباس وابن عمر لما روى أحمد بسنده إلى أبي زيد المدني قال : « جاءَت امْرَأَةٌ من بنِي بَيَاضَةَ بنصفِ وَسقِ شَعيرٍ ، فقالَ النبيُّ ﷺ : أطعمْ هذا فَإنَّ مُدَّى شعيرٍ مكَانَ مُدِّ بُرٍّ » ، وعلى هذا يحمل ما روى عن أبي سلمة عن سلمة بن صخر أن النبي ﷺ أعطاه مكيلاً فيه خمسة عشر صاعاً فقال : « أطْعِمْ سِتِّينَ مسكيناً وذلكَ لِكُلِّ مِسْكِينٍ مُد » رواه الدارقطني ، وهو للترمذي بمعناه .

(و) لا يجزيء (من التمر والشعير والزبيب والأقط أقل من مدين) لقوله ﷺ :

---

(١) ، (٢) سورة المائدة ، الآية : ٨٩ .

« فإنَّ مُدَّى شَعِيرٍ مكَانَ مُدٍّ بُرٍّ » وهو مرسل جيد . (ولا من خبز البر أقل من رطلين بالعراقي) لأن الغالب أن ذلك لا يبلغ مداً ، (ولا من خبز الشعير أقل من أربعة أرطال) بالعراقي إن قلنا بإجزاء الخبز (إلا أن يعلم أنه) أي المخرج من الخبز (مد من البر أو مدان من الشعير) فيجزيء ، لأنه الواجب ، (فإذا أخذ من دقيق البر ثلاثة عشر رطلاً وثلثاً) من رطل عراقي ، (أو) أخذ (من الشعير مثليه) ستة وعشرين وثلثي رطل عراقية ، (فخبز) ذلك ، (وقسم على عشرة مساكين في كفارة اليمين أجزأ ، ولو لم يبلغ خبز البر عشرين رطلاً ، ولا) بلغ (خبز الشعير أربعين رطلاً ، وكذا في سائر الكفارات) لأنه إخراج الواجب ، (أو يستحب إخراج أدم مع المجزيء) نص عليه خروجاً من خلاف من أوجبه ، (ولا يجزيء إخراج القيمة) لأن الواجب هو الإطعام وإعطاء القيمة ليس بإطعام ، (ويجب أن يملك المسكين القدر الواجب من الكفارة ، فإن غدى المساكين أو عشاهم ولو بمد فأكثر لكل واحد لم يجزئه) لأن الإعطاء هو المنقول عن الصحابة ، ولأنه مال واجب للفقراء أشبه الزكاة ، (وإن قدم لهم) أي لستين مسكين (ستين مداً وقال) : هذا (بينكم بالسوية فقبلوها أجزأه) ذلك وإلا لم يجزئه ما لم يعلم أن كلا أخذ قدر حقه من ذلك ، (ولا يجب التتابع في إطعام الكفارة) لأنه غير مأمور به ، وإنما أمر بإطعام ستين مسكيناً فتناول الإطعام متتابعاً ومتفرقاً ، والبدل لا يعطى حكم المبدل من كل وجه .



فصل

ولا يجزيء إطعام وعتق وصوم إلا بنية بأن ينويه عن الكفارة لقوله ﷺ : « إنما الأعْمَالُ بالنِّيَّاتِ » ولأنه حق واجب على سبيل الطهارة فافتقر إلى النية كالزكاة فينوى (مع التكفير أو قبله بيسير) كالصلاة والزكاة ، (ونية الصوم واجبة كل ليلة) للخبر ، (ولا يجزيء فيهن) أي الإطعام والعتق والصوم (نية التقرب فقط) لأنه يقع تبرعاً وعن الكفارة وغيرها فلا بد من نية غير الكفارة عن غيرها ، (فإن كانت عليه كفارة واحدة فنوى عن كفارتين أجزأه) ولم يلزمه تعيين سببها ، سواء علمه أو جهله ، لأن النية تعينت لها ، ولأنه نوى عن كفارته ولا مزاحم لها ، فوجب تعلق النية بها .

(وإن كان عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها ، ولا تتداخل ، فلو كان مظاهراً من أربع نسائه فأعتق عبداً عن ظهاره أجزأه عن إحداهن وحلت له واحدة) من نسائه (غير معينة) لأنه واجب من جنس واحد فأجزأته نية مطلقة ، كما لو كان

عليه صوم يومين من رمضان (فتخرج بقرعة) كما تقدم في نظائره ، (فإن كان الظهار من ثلاث نسوة فأعتق عن) ظهار (إحداهن وصام عن) ظهار (أخرى) لعدم من يعتقه (ومرض فأطعم عن) ظهار (أخرى أجزأه) لما تقدم ، (وحل له الجميع من غير قرعة ولا تعيين) لأن التكفير حصل عن الثلاث ، أشبه ما لو أعتق ثلاثة أعبد عن الثلاثة دفعة واحدة ، (وإن كانت) الكفارات (من أجناس كظهار وقتل وجماع في) نهار (رمضان ويمين لم يجب تعيين السبب أيضاً) لأنها عبادة واجبة فلم تفتقر صحة أدائها إلى تعيين سببها كما لو كانت من جنس ، (ولا تتداخل) الكفارات لاختلاف أسبابها، (فلو كانت عليه كفارة واحدة نسي سببها أجزأته كفارة واحدة) لأن تعيين السبب ليس شرطاً ، فإذا أخرج كفارة وقعت عن كفارته فيخرج من العهدة ، (وإن كانت) عليه (كفارتان من ظهار) بأن قال لكل من زوجتيه : أنت عليّ كظهر أمي ، (أو) كان عليه كفارتان (من ظهار وقتل ، فقال : أعتقت هذا عن هذه) الزوجة ، (أو) أعتقت (هذا عن هذه) الزوجة الأخرى أو قال : أعتقت هذا عن كفارة الظهار وهذا عن كفارة القتل ، أجزأه ، (أو) قال : أعتقت (هذا عن إحدى الكفارتين ، و) أعتقت (هذا عن) الكفارة (الأخرى من غير تعيين) أجزأه لما تقدم ، (أو أعتقهما) أي العبدين (عن الكفارتين) معاً ، (أو) قال : (أعتقت كل واحد منهما) أي من المعينين (عنهما) أي الكفارتين (جميعاً أجزاه) ذلك لما تقدم ، (ولا يجزيء تقديم كفارة) ظهار أو غيره (قبل سببهما) كتقديم الزكاة على ملك النصاب ، (فلا يجزيء كفارة الظهار قبله) أي قبل الظهار ، (ولا) يجزيء تقديم (كفارة اليمين عليها) أي اليمين ، (ولا) تقديم (كفارة القتل قبل الجرح) لتقدمها على سببها ، (فلو قال لعبده : أنت حر الساعة إن تظاهرت عتق ولم يجزئه عن ظهاره إن تظاهر) لتقدمه عليه ، (ولو قال) لزوجته : (إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي لم يجز) ـه (التكفير قبل الدخول) لأنه لا يصير مظاهراً قبله ، (ولو قال لعبده : إن ظاهرت فأنت حر عن ظهاري ثم ظاهر عتق العبد) لوجود شرطه (ولم يجزئه عن الكفارة) لأن عتقه مستحق بسبب آخر وهو الشرط ، ولأن النية لم توجد عند عتق العبد والنية عند التعليق لا تجزيء ، لأنه تقديم لها على سببها ، (فإن لم) يجد المظاهر (ما يطعمـ) ـه للمساكين (لم تسقط) عنه الكفارة (وتبقى في ذمته) وكذا كفارة القتل وغيرها ما عدا كفارة الوطء من الحيض وكفارة الوطء في نهار رمضان فيسقطان بالعجز ، (وتقدم في باب ما يفسد الصوم بعض ذلك ، و) تقدم أيضاً هناك (حكم أكله) من كفاراته كلها .



كتاب اللعان وما يلحق من النسب

(وهو) أي اللعان مصدر لا عن لعاناً، إذا فعل ما ذكر أو لعن كل واحد منهما الآخر مشتق من اللعن ، لأن كل واحد منهما يلعن نفسه في الخامسة . وقال القاضي : سمي به، لأن أحدهما لا ينفك عن أن يكون كاذباً فتحصل اللعنة عليه وهو الطرد والإبعاد . يقال : لعنه الله أي أبعده والتعن الرجل إذا لعن نفسه من قبل نفسه ، ولا يكون اللعان إلا بين اثنين . يقال : لا عن امرأته لعاناً وملاعنة وتلاعناً بمعنى ، ولاعن الإمام بينهما، ورجل لُعنة كهمزة إذا كان يلعن الناس كثيراً ، ولعنة بسكون العين إذا كان يلعنه الناس.

و(شرعاً : شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد قذف) إن كانت الزوجة محصنة ، (أو) قائمة مقام (تعزير) إن لم تكن محصنة، (أو) قائمة مقام (حد زنا في جانبها) إذا أقرت بالزنا أو حبس إلى أن تقر أو تلاعن. والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ والَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ (١) الآيات نزلت سنة تسع منصرفه ﷺ من تبوك في عويمر العجلاني ، أو هلال بن أمية ، ويحتمل أنها نزلت فيهما ولم يقع بعدهما في المدينة إلا في زمن عمر بن عبد العزيز ، والسنة شهيرة بذلك، ولأن الزوج يبتلى بقذف امرأته لنفي العار والنسب الفاسد ويتعذر عليه إقامة البينة ، فجعل اللعان بينة له ، ولهذا لما نزلت آية اللعان ، قال النبي ﷺ : أَبْشِرْ يَا هِلالُ فَقَدْ جَعَلَ اللهُ لَكَ فَرَجاً وَمَخرَجاً » (٢) (إذا قذف الرجل زوجته بالزنا في طهر أصابها فيه أولا) أي أو في طهر لم يصبها فيه (في قبل أو دبر كما يأتي ولم تصدقه) فيما قذفها به ، (ولم يأت بالبينة) تشهد له بما قذفها به (لزمه ما يلزم بقذف أجنبية من حد) إن كانت محصنة (أو تعزير) إن لم تكن كذلك (وحكم بفسقه وردت شهادته) لعموم قوله تعالى : ﴿ والَّذِينَ يرْمونَ المُحصنَاتِ ثُمَّ لم يأتوا بأَرْبَعَةِ شُهَداءَ ﴾ (٣) الآية .

(فإن لاعن) الزوج (ولو) لاعن (وحده سقط عنه) الحد أو التعزير والحكم بفسقه وردت شهادته ، (وله) أي الزوج (إسقاط بعضه) أي الحد (أيضاً باللعان) بأن لاعن في أثناء الحد ، (ولو بقي منه) أي الحد (سوط) واحد ، (ويسقط) الحد ،

---

(١) سورة النور ، الآية : ٦ . (٢) سورة النور ، الآية : ٤ .

(٣) حديث ملاعنة هلال بن أمية من المتفق عليه ، وهو عند البخاري في كتاب الطلاق ، باب المتعة التي لم يفرض لها ، وعند مسلم في كتاب اللعان .

(أو الباقي منه أيضاً بتصديقها) أي الزوجة لزوجها فيما رماها به كالأجنبية ، (وله) أي الزوج (إقامة البينة) عليها بزناها (بعد اللعان ونفي الولد ويثبت موجبهما) أي موجب اللعان من التحريم المؤبد وانتفاء للولد وموجب البينة من إقامة الحد عليها (وصفته) أي اللعان (أن يقول الزوج بحضرة حاكم أو نائبه وكذا لو حكما) أي المتلاعنان (رجلاً أهلاً للحكم ويأتي في القضاء) لأن حكمه حكم قاضي الإمام (أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به امرأتي هذه من الزنا مشيراً إليها) إن كانت حاضرة (ولا يحتاج مع حضورها ، و) مع (الإشارة إليها إلى تسميتـ) ـها ، (و) بيان (نسبها كما لا يحتاج إلى ذلك في سائر العقود) اكتفاء بالإشارة ، (وإن لم تكن حاضرة) بالمجلس (سماها ونسبها) بما تتميز به حتى تنتفي المشاركة بينها وبين غيرها . قال في المبدع : فلا يبعد أن يقوم وصفها بما هي مشهورة به مقام الرفع في نسبها ، ويعيد قوله : فلا يبعد أن يقوم وصفها بما هي مشهورة به مقام الرفع في نسبها ، ويعيد قوله : أشهد بالله مرة إلخ مرة بعد أخرى (حتى يكمل ذلك أربع مرات ولا يشترط حضورهما) أي المتلاعنين (معاً بل لو كان أحدهما غائباً عن صاحبه مثل : أن لاعن الرجل في المسجد والمرأة على بابه لعذر) كالحيض (جاز) لعموم الأدلة ، (ثم يقول في) المرة (الخامسة : وإن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيها رميتها به من الزنا) ولا يشترط على الأصح أن يقول فيما رماها به من الزنا ، قاله في شرح المنتهى ، قال ابن هبيرة : لا أراه يحتاج إليه ، لأن الله تعالى أنزل ذلك وبينه ولم يذكر هذا الاشتراط ، (ثم تقول هي : أشهد بالله أن زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتشير إليه إن كان حاضراً) بالمجلس ، (وإن كان غائباً) عن المجلس (سمته ونسبته) كما تقدم، وتكرر ذلك ، (وإذا كملت أربع مرات تقول في الخامسة : وإن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فقط وتزيد استحباباً فيما رماني من الزنا) خروجاً من خلاف من أوجبه به وإنما لم تجب لما تقدم ، وإنما خصت هي في الخامسة بالغضب ، لأن النساء يكثرن اللعن كما ورد ، ثم أخذ يبين محترزات ذلك التي تخل بصحة اللعان ، فقال : (فإن نقص أحدهما) أي أحد المتلاعنين (من الألفاظ) أي الجمل (الخمسة شيئاً) لم يعتد به ، لأن الله تعالى علق الحكم عليها ، ولأنها بينة فلم يجز النقص من عددها كالشهادة ، وعلم منه : أنه لا يضر نقص بعض الألفاظ حيث أتى بالجمل الخمسة ، كما يشير إليه كلام ابن قندس في حاشية الفروع ، (أو بدأت) المرأة (باللعان قبله) أي قبل الرجل لم يعتد به ، لأنه خلاف المشروع ، ولأن لعان الرجل بينة الإثبات ولعانها بينة الإنكار، فلم يجز تقديم الإنكار على بينة الإثبات ، (أو تلاعنا بغير حضرة حاكم) لم يعتد به ،

لأنه يمين في دعوى ، فاعتبر فيه أمر الحاكم كسائر الدعاوي ، فلو لاعن السيد بين عبده وأمته لم يصح (أو أبدل أحدهما لفظة أشهد بأقسم أو أحلف أو أولى) لم يعتد به، لأن اللعان يقصد فيه التغليظ ولفظ الشهادة أبلغ فيه ، (أو) أبدل (لفظة معينة بالإبعاد أو أبدلها) أي لفظة اللعنة (بالغضب) لم يعتد به ، (أو أبدلت) المرأة (لفظة الغضب بالسخط أو قدمت الغضب) فيما قبل الخامسة لم يعتد به ، (أو أبدلته) أي الغضب (باللعنة أو قدم) الرجل (اللعنة فيما قبل الخامسة لم يعتد به) لمخالفة المنصوص ، (أو أتى به) أي اللعان (أحدهما قبل إلقائه عليه) من الإمام أو نائبه لم يعتد به ، كما لو حلف قبل أن يحلفه الحاكم ، (أو علقه) أي علق أحدهما اللعان (بشرط) لم يعتد به، قاله ابن عقيل وغيره ، (أو لم يوال) أحدهما (بين الكلمات) في اللعان (عرفاً) لم يعتد به ، (أو أتى به) أي باللعان (بغير العربية من يحسنها) منهما لم يعتد به ، لأن الشرع ورد بالعربية فلم يصح بغيرها كأذكار الصلاة ، (أو أتى) الزوج (به) أي باللعان (قبل مطالبتها له بالحد مع عدم ولد يريد نفيه) باللعان (لم يعتد به) أي باللعان، لأن اللعان شرع لدرء الحد عن القاذف ، فإذا لم تطالب بالحد لم يكن للعان فائدة، فإن كان هناك ولد صح اللعان قبل المطالبة بالحد على قول القاضي لنفي الولد ونصه خلافه ، لأن نفي الولد جاء تبعاً للعان لا مقصوداً لنفسه ، فإذا انتفى اللعان نفى الولد ، (وإن عجزا) أي المتلاعنان (عنه بالعربية لم يلزمهما تعلمها ، ويصح) إذن (بلسانهما) لأنه موضع حاجة ، وكالنكاح ، (فإن كان الحاكم يحسن لسانهما أجزأ ذلك) ولا عن بينهما ، (ويستحب أن يحضر معه أربعة يحسنون لسانهما) لأن الزوجة ربما أقرت بالزنا فيشهدون على إقرارها ، (وإن كان) الحاكم (لا يحسن) لسانهما (فلا يجزيء في الترجمة إلا عدلان) قال في المبدع : على المذهب ، (وإذا فهمت إشارة الأخرس منهما أو كتابته صح لعانه بها) كالطلاق ، ولدعاء الحاجة ، (وإلا) أي وإن لم تفهم إشارة الأخرس منهما ولا كتابته (فلا) يصح لعانه ، (وإذا قذف الأخرس ولاعن) بالإشارة المفهومة أو الكتابة ، (ثم أطلق لسانه فتكلم فأنكر القذف واللعان لم يقبل إنكاره للقذف) لأنه تعلق به حق لغيره بحكم الظاهر ، (ويقبل) إنكاره (اللعان فيما عليه فيطالب بالحد) إن كانت محصنة وإلا فالتعزير ، (ويلحقه النسب ولا تعود الزوجية) لأنها حرمت باللعان على التأبيد ، (فإن لاعن) حينئذ (لسقوط الحد ونفي النسب فله ذلك) كما لو لم يحصل له خرس قبل ، (ويصح اللعان ممن اعتقل لسانه وأيس من نطقه بإشارة) مفهومة كالأخرس الأصلي ، (فإن رجي عود نطقه بقول عدلين

من أطباء المسلمين انتظر به ذلك) أي إلى أن ينطق ، وفي الترغيب ثلاثة أيام ، وجزم به في المنتهى .

★ ★ ★

فصل

والسنة أن يتلاعنا قياماً ، لقوله ﷺ لهلال بن أمية : « قُمْ فَاشْهَدْ أَرْبَعَ شَهَادَات » [1] ولأنه أبلغ في الردع ، فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم ، فإذا فرغ قامت المرأة فالتعنت (بحضرة جماعة) لحضور ابن عباس وابن عمر وسهل وسعد والصبيان إنما يحضرون تبعاً للرجال إذ اللعان مبني على التغليظ للردع والزجر ، وفعله في الجماعة أبلغ في ذلك .

(ويستحب أن لا ينقصوا عن أربعة) لأن بينة الزنا الذي شرع اللعان من أجل عدم الرضا به أربعة . قال في المبدع : وليس بواجب بغير خلاف نعلمه (في الأوقات والأماكن المعظمة) لأن ذلك أبلغ في الردع ، (ففي) المكان في (مكة بين الركن) الذي به الحجر الأسود (والمقام) قال في المبدع : ولو قيل بالحجر لكان أولى، لأنه من البيت (وبالمدينة عند منبر النبي ﷺ مما يلي القبر الشريف) لقوله ﷺ : « مَا بَيْنَ قَبري وَمِنْبَرِي رَوْضَةٌ مِن رِياضِ الجنَّةِ » [2] (وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر) أي باقي (البلدان في جوامعها وتقف الحائض عند باب المسجد) للعذر ، (و) في (الزمان بعد العصر) لقوله تعالى : ﴿ تَحبِسُونهما مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ ﴾ [3] والمراد صلاة العصر عند المفسرين . (وقال أبو الخطاب في موضع آخر) و(بين الأذانين) أي بين الأذان والإقامة ، لأن الدعاء بينهما لا يرد ، (فإذا بلغ كل واحد منهما الخامسة أمر الحاكم رجلاً فأمسك بيده فم الرجل، و) أمر (امرأة أن تضع يدها على فم المرأة ثم يعظه فيقول : اتق الله فإنها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة) لما روى ابن عباس: قال : « يشهدُ أربعَ شهادات بالله إنَّهُ لمنَ الصَّادقينَ ، ثمَّ أمرَ به فأمسكَ على فيه فوَعَظَهُ وقالَ : ويَحكَ كُلُّ شيء أهْوَنُ عَلَيْكَ مِنْ لَعنَةِ اللهِ ثُمَّ أرسلهُ فقالَ : لَعنَةُ اللهِ عليْهِ إنْ

---

(١) حديث ملاعنة هلال بن أمية من المتفق عليه ، وهو عند البخاري في كتاب الطلاق ، باب المتعة التي لم يفرض لها ، وعند مسلم في كتاب اللعان .

(٢) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، باب فضل ما بين القبر والمنبر ، وأخرجه مسلم في كتاب الحج ، باب ما بين القبر والمنبر روضة من رياض الجنة.

(٣) سورة المائدة ، الآية : ١٠٦ .

كانَ مِنَ الكاذِبِينَ ، ثمَّ أمَرَ بِهَا فأمْسكَ على فِيهَا فَوَعَظَهَا ، وقالَ : وَيَحكِ كُلُّ شَيءٍ أهْوَنُ عَلَيْكِ مِنْ غَضَبِ اللهِ » أخرجه الجوزاني .

(وإذا قذف نساءه ولو بكلمة واحدة فعليه أن يفرد كل واحدة) منهن (بلعان) لأنه قاذف لكل واحدة منهن أشبه ما لو لم يقذف غيرها ، ولأن اللعان أيمان الجماعة ، فلا تتداخل كالأيمان في الديون ، (فيبدأ بلعان التي تبدأ بالمطالبة) لترجحها بالسبق ، (فإن طالبن جميعاً) معاً (وتشاححن بدأ بإحداهن بقرعة) لعدم المرجح غيرها ، (وإن لم يتشاححن بدأ بلعان من شاء منهن ولو بدأ بواحدة) منهن (مع المشاحة من غير قرعة صح) اللعان ، (وإن كانت المرأة خفرة) بفتح الخاء وكسر الفاء ، وهي شديدة الحياء ضد البرزة (بعث الحاكم من يلاعن بينهما نائباً عنه ، ويستحب أن يبعث معه عدولاً ليلاعنوا بينهما ، وإن بعثه) أي النائب (وحده جاز) لأن الجمع غير واجب كما يبعث من يستحلفها في الحقوق ، ولأن الغرض يحصل ببعث من يثق الحاكم به ، فلا ضرورة إلى إحضارها وترك عادتها مع حصول الغرض بدونه .



فصل

ولا يصح اللعان إلا بثلاثة شروط :

أحدها : أن يكون (بين زوجين) ولو قبل الدخول ، لقوله تعالى : ﴿ والَّذين يَرْمُونَ المُحْصَنَاتِ ثمَّ لمْ يأتُوا بأربعة شُهَدَاءَ فاجْلِدُوهُمْ ثمانينَ جَلْدَةً ﴾ (١) ثم خص الأزواج من عمومها بقوله : ﴿ والَّذينَ يَرْمُونَ أزْوَاجَهُمْ ﴾ (٢) فيبقى ما عداه على ما مقتضى العموم ، (ولها) أي للزوجة إذا لاعنها قبل الدخول (نصف الصداق) المسمى لها ، قدمه في الشرح هنا كطلاقه ، لأن سبب اللعان قذفه الصادر منه ، أشبه الخلع ، وقيل : يسقط مهرها ، لأن الفسخ عقب لعانها فهو كفسخها لعيبه . قال في الإنصاف في كتاب الصداق: وهو المذهب وصححه في التصحيح ، وتصحيح المحرر والنظم وغيرهم ، وجزم به في الوجيز وغيره ، وقدمه في الرعايتين ، وشرح ابن رزين والحاوي الصغير ، واختاره أبو بكر . انتهى . وجزم به المصنف كالمنتهى في الصداق (عاقلين بالغين) لأنه لهما يمين أو شهادة وكلاهما لا يصح من مجنون ، ولا من غير بالغ ، إذ لا عبرة بقولهما (سواء كانا) أي الزوجان (مسلمين أو ذميين ، حرين أو رقيقين ، عدلين أو

---

(١) سورة النور ، الآية : ٤ .   (٢) سورة النور ، الآية : ٦ .

فاسقين أو محدودين في قذف أو كان أحدهما) أي الزوجين (كذلك) لعموم قوله تعالى : ﴿ والَّذِينَ يَرْمُونَ أزْوَاجَهُمْ ﴾ [(١)] الآيات ، ولأن اللعان يمين بدليل قوله ﷺ : «لولا الأيمانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأنٌ » [(٢)] ولأنه يفتقر إلى اسم الله تعالى ، ويستوي فيه الذكر والأنثى ، ولأن الزوج يحتاج إلى نفي الولد فشرع له اللعان طريقاً إلى نفيه ، كما لو كانت ممن يحد بقذفها ، (وإذا قذف أجنبية فعليه الحد لها إن كانت محصنة) لقوله تعالى : ﴿ والَّذِينَ يَرْمُونَ المُحْصَنَاتِ ﴾ [(٣)] الآية ، (و) عليه (التعزير لغيرها) أي لغير المحصنة ، (وإن قذفها) أي الأجنبية (ثم تزوجها) حد ، ولم يلاعن ، لأنه وجب في حال كونها أجنبية ، أشبه ما لو تزوجها ، (أو قال لامرأته : إن زنيت قبل أن أنكحك حد ولم يلاعن حتى ولو) كان اللعان لنفي الولد ، لأنه قذفها بزنا أضافه إلى حال كونها أجنبية ، أشبه ما لو قذفها قبل أن يتزوجها ، وفارق قذف الزوجة ، لأنه محتاج إليه ، وإذا تزوجها وهو يعلم زناها فهو المغر ، كما في نكاح حامل من الزنا .

(وإن ملك أمة ثم قذفها فلا لعان ولو كانت فراشاً) لأنها ليست زوجة ، (ولا حد) عليه لعدم الإحصان ، (ويعزر) لأنه ارتكب معصية ، (وإن قال لامرأته : أنت طالق يا زانية ثلاثاً فله أن يلاعن) لإبانتها بعد قذفها ، وكقذف الرجعية ، (وإن قال) لامرأته : (أنت طالق ثلاثاً يا زانية حد ولم يلاعن ، لأنه أبانها ثم قذفها ، إلا أن يكون بينهما ولد ، فله أن يلاعن لنفيه) لأنه تعين إضافة قذفها إلى حال الزوجية ، لاستحالة الزنا بها بعد طلاقه لها ، (وكذا لو أبانها بفسخ أو غيره ثم قذفها بالزنا في النكاح أو) قذفها بالزنا (في العدة أو في النكاح الفاسد لا عن لنفي الولد) إن كان ، لأنه يلحقه نسبه بحكم عقد النكاح ، فكان له نفيه ، (وإلا) أي وإن لم يكن ولد (فلا) لعان ، لأنه لا حاجة إلى القذف ، لكونها أجنبية ، وسائر الأجنبيات لا يلحقه ولدهن، فلا حاجة إلى قذفهن ، فلو لاعنها إذن لم يسقط الحد ولم يثبت التحريم المؤبد ، لأنه لعان فاسد ، وسواء اعتقد أن النكاح صحيح أم لا ، (ويحد أيضاً إن لم يضف القذف إلى النكاح) لأنه قذف أجنبية ، (وإن قالت) المرأة : (قذفتني قبل أن تتزوجني ، وقال) الرجل : (بل بعده) أي بعد أن تزوجتك ، فقوله : (أو قالت) قذفني (بعد ما بنت منك ، وقال : بل قبله ، فقوله) لأن القول قوله في أصل القذف ، فكذا في وقته ، وإن قالت أجنبية : قذفتني ، وقال : كنت زوجتي حينئذ فأنكرت الزوجية ،

---

(١) سورة النور ، الآية : ٦ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب التفسير ، سورة النور ، باب ﴿ ويدرأ عنها العذاب ﴾ آية : ٨ .

(٣) سورة النور ، الآية : ٤ .

فالقول قولها ، لأن الأصل عدمها ، (وإذا اشترى زوجته الأمة ثم أقر بوطئها ثم أتت بولد لستة أشهر ، كان لاحقاً به) لأنها صارت فراشاً له ، وقد أمكن لحاق الولد فلحق (إلا أن يدعي الاستبراء) بعد الوطء (فينتفي عنه) الولد (لأنه ملحق به بالوطء في الملك دون النكاح) وقد انقطع حكم الوطء بالملك بالاستبراء ، (وإن لم يكن أقر بوطئها أو أقر به) أي بالوطء (وأتت به لدون ستة أشهر منذ وطيء) بعد الملك (كان ملحقاً) به (بالنكاح إن أمكن ذلك) بأن ولدته لستة أشهر فأكثر منذ نكحها ، (وله نفيه باللعان) لأنه ملحق به بالنكاح ، (وهل يثبت هذا اللعان التحريم المؤبد ؟ على وجهين) ظاهر كلامهم : أنه يثبته ، لأنه لعان صحيح ، (وإن قذف زوجته الرجعية) في عدتها (صح لعانها) لأنها زوجة ، (ولو لم يكن بينهما ولد ، وكل موضع قلنا : لا لعان فيه فالنسب لاحق به) أي بالزوج ، لعدم ما ينتفي به ، (ويجب بالقذف موجبه من حد أو تعزير) لعموم : ﴿ والَّذِينَ يرْمُونَ المُحْصَنَاتِ ﴾ [1] (إلا أن يكون القاذف صبياً أو مجنوناً فلا ضرر فيه) لحديث : « رُفِعَ القَلَمُ » .

(ولا لعان) لعدم الاعتداد بقولهما : (وإن قذف زوجته الصغيرة التي لا يجامع مثلها أو) قذف زوجته (المجنونة حال جنونها عزر) لأن القذف لا ينحط عن درجة السب ، وهو يوجبه ، فكذا هنا ، (ولا لعان بينهما) لأنه يمين، فلا يصح من غير مكلف كسائر الأيمان (حتى ولو أراد نفي المجنونة ويكون) ولدها (لاحقاً به) لعدم اللعان ، (ولا يحتاج في التعزير إلى مطالبة) من وليها أو غيره ، فيقيمه الحاكم بلا طلب إذا رآه ، لأنه مشروع للتأديب ، (وإن كانت) الزوجة (الصغيرة) المقذوفة (يوطأ مثلها كابنة تسع فصاعداً ، فعليه الحد) كسائر المحصنات (وليس لوليها المطالبة به ولا بالتعزير) لأنه يراد للتشفي ، فلا تدخله الولاية كالقصاص ، (ولا لها) المطالبة (حتى تبلغ) ليعتبر قولها (ثم إن شاء الزوج) بعد طلبها (أسقط الحد باللعان) كما لو قذفها إذن ، (وإن قذف المجنونة وأضافه إلى حال إفاقتها ، أو قذفها وهي عاقلة ثم جنت فليس لوليها المطالبة) بالحد ؛ لأن طريقه التشفي ، (فإذا أفاقت) المجنونة ، (فلها المطالبة بالحد وللزوج إسقاطه باللعان ، وإن قذفها الزوج وهو طفل لم يحد) لحديث : « رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثلاثٍ » .

(وإن أتت امرأته بولد لم يلحقه نسبه ؛ إن كان له دون عشر سنين) لعدم إمكان لحاقه به ، لأنه لا يمكن بلوغه ، (وإن كان مجنوناً فلا حكم لقذفه) كسائر كلامه ،

---

(١) سورة النور ، الآية : ٤ .

(وإن أتت امرأته بولد فنسبه لاحق به) لعموم حديث : « الوَلَدُ لِلفِرَاشِ » ، (فإذ عقل) المجنون (فله نفيه) باللعان كما لو قذفها إذن ، (وإن ادعى) الزوج أنه كان ذاهب العقل حين قذفه فأنكرت ولا بينة ولم يكن له حال علم فيها زوال عقله ، (فالقول قولها مع يمينها) لأن لأصل السلامة ، ولا قرينة ترجح قوله : (وإن عرف جنونه ولم يعرف له حال إفاقة ، فقوله مع يمينه) عملاً بالظاهر ، (وإن عرف له الحالان) أي حال إفاقة وجنون ، وادعى أنه قذفها في جنونه ، (فـ) في أيهما يقبل قوله ؟ (وجهان) قال في المبدع : قبل قولها في الأصح .



فصل

الشرط الثاني للقذف : الذي يترتب عليه الحد أو اللعان ، صوابه التعزير (بأن يقذفها بالزنا في القبل أو الدبر) لأن كلا قذف يجب به الحد (فيقول : زنيت أو يا زانية أو رأيتك تزنين ، وسواء في ذلك الأعمى والبصير) لعموم الآية ، وعموم اللفظ يقدم على خصوص السبب ، (فإن قال : وطئت بشبهة ، أو) وطئت (مكرهة ، أو) وطئت (نائمة ، أو) وطئت (مع إغماء أو جنون أو وطئت بشبهة والولد من الواطيء ، فلا لعان) بينهما ، لأنه لم يقذفها بما يوجب الحد ، (ولو كان بينهما ولد) فلا يلاعن لنفيه ، ويلحقه نسبه، لحديث : « الوَلَدُ لِلفِرَاشِ » [1] ، (ولو قال : وطئك فلان بشبهة وكنت) أنت (عالمة فله أن يلاعن ونفي الولد ، اختاره الموفق وغيره) قال في الإنصاف: وهو الصواب . انتهى . وعند القاضي : لا خلاف أنه لا يلاعن ، (وإن قال لامرأته التي في حباله : لم تزني) ولكن ليس هذا الولد مني ، (أو) قال لها : (لم أقذفك ولكن ليس هذا الولد مني ، فهو ولده في الحكم) لأن الولد للفراش ، وهي فراشه ، (ولا حد عليه) لأنه لم يقذفها بالزنا ، (وإن قال) أي ليس هذا الولد مني لامرأته (بعد أن أبانها أو قاله لسريته فشهدت ببينة ، وتكفي أنها امرأة مرضية أنه ولد على فراشه لحقه نسبه) إذ الولد للفراش ، (وإن قال) عن ولد بيدها : (ما ولدته وإنما التقطته أو استعارته ، فقالت : بل هو ولدي منك ، لم يقبل قولها) عليه ، لأن الولادة يمكن إقامة البينة عليها ، والأصل عدمه ، (ولا يلحقه نسبه إلا ببينة ، وتكفي امرأة مرضية تشهد بولادتها له ، فإذا ثبتت ولادتها) له (لحقه نسبه) لأنها فراشه ،

---

(١) هذا جزء من حديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب الوصايا ، باب قول الموصي لوصيه، وأخرجه مسلم في كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش .

والولد للفراش ، (وكذلك لا تقبل دعواها الولادة ، فإذا علق طلاقها بها) لإمكان إقامة البينة بها . وتقدم أنها تقبل إذا أقر بالحمل عند القاضي وأصحابه ، وجزم به في المنتهى في فصل تعليقه بالحمل والولادة ، (ولا) تقبل (دعوى الأمة لها) أي للولادة (لتصير أم ولد) لأنها خلاف الأصل ، (ويقبل قولها فيه) أي في أنها ولدت (لتنقضي عدتها به) لأنها أمينة على نفسها في ذلك ، (وإن ولدت توأمين فأقر بأحدهما ونفي الآخر أو سكت عنه) فلم يقر به ولم ينفه (لحقه نسبهما) حيث كان بينهما دون ستة أشهر ، لأنه حمل واحد فلا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره ، لأن النسب يحتاط لإثباته لا لنفيه ، وكذلك يثبت بمجرد الإمكان ، فلذلك لم يحكم بنفي ما أقر به تبعاً للذي نفاه ، بل حكم بثبوت نسب من نفاه تبعاً لمن أقر به ، (وإن كان قذف أمهما فطالبته بالحد فله إسقاطه باللعان) لأن اللعان تارة يراد لنفي الولد وتارة لإسقاط الحد ، فإذا تعذر نفي الولد لما سبق بقي اللعان لإسقاط الحد (والأخوان المنفيان) باللعان (أخوان لأم فقط لا يتوارثان بأخوة أبوة) لأن الأبوة انقطعت باللعان ، (وإن أتت) زوجة (بولد فنفاه) زوجها (ولاعن لنفيه ثم ولدت آخر لأقل من ستة أشهر ، لم ينتف الثاني باللعان الأول) لأنه كان حملاً ، ولا يصح نفيه قبل ولادته ، كما يأتي ، (ويحتاج في نفيه إلى لعان ثان ، فإذا أقر) الزوج (بـ) الولد (الثاني أو سكت عن نفيه، لأنهما توأمان لكون ما بينهما أقل من ستة أشهر) فهما حمل واحد، (وإن أتت) بالولد (الثاني بعد ستة أشهر فليسا توأمين وله نفيه باللعان) لأنه حمل مستقر لم يقر به.

(وإن استلحقه) أي الولد الثاني (أو ترك نفيه لحقه) نسبه ، (ولو كانت قد بانت باللعان ، لأنه يمكن أن يكون قد وطئها بعد وضع الأول ، وإن لاعنها قبل وضع الأول فأتت بولد ثم ولدت آخر بعد ستة أشهر لم يلحقه) نسب (الثاني) لأنه لا يمكن أن يكون الولدان حملاً واحداً ، فعلم أنها علقت به بعد زوال الزوجية وانقضاء العدة ، وكونها حملت به وهي أجنبية ، (وإن مات الولد أو مات واحد من توأمين أو ماتا ، فله أن يلاعن لنفي النسب) لأن الميت ينسب إليه، فيقال: ابن فلان ويلزمه تجهيزه وتكفينه.



فصل

الشرط الثالث : أن تكذبه الزوجة ويستمر ذلك إلى انقضاء اللعان ، (فإن صدقته الزوجة فيما رماها به) من الزنا (مرة أو مراراً أو سكتت أو عفت عنه أو ثبت زناها

بأربعة سواه ، أو قذف خرساء أو ناطقة فخرست) ولم تفهم إشارتها ، (أو) قذف (مما لحقه النسب) لأن الولد للفراش ، وإنما ينتفي عنه باللعان ولم يوجد شرطه ، (ولا حد) لتصديقها إياه أو عدم الطلب ، (ولا لعان) لأنه كالبينة إنما يقام مع الإنكار ، (وإن كان إقرارها دون الأربع مرات) فلا حد عليها ، (أو) كان إقرارها (أربع مرات ثم رجعت فلا حد عليها) لأن الرجوع عن الإقرار بالحد مقبول ، (وإن كان تصديقها قبل لعانه فلا لعان بينهما) للحد لتصديقها إياه ولا لنفي النسب ، لأن نفي الولد إنما يكون بلعانهما معاً ، وقد تعذر منهما ، (وإن كان) تصديقها (بعده) أي بعد لعانه (لم تلاعن هي) لإقرارها ، (وإن مات أحدهما) أي الزوجين (قبل اللعان أو في أثناء لعان أحدهما ، أو) مات أحدهما (قبل لعانها ورثه صاحبه) لأن الفرقة لا تحصل إلا بكمال اللعان ، (ولحق الزوج نسب الولد) لأن النكاح إنما يقطعه اللعان كالطلاق ، (ولا لعان) لأن شرطه مطالبة الزوجة ، وقد تعذر ذلك بالموت (لكن إن كانت قد طالبت في حياتها ، فإن أولياءها يقومون في الطلب به) أي بحد القذف (مقامها) لأنه يورث عنها إذن ، (فإن طولب به) أي بالحد (فله إسقاطه باللعان) كما لو كانت حية، (وإذا قذف امرأته وله بينة بزناها فهو مخير بين لعانها وإقامة البينة) عليها بالزنا ، لأنهما سببان ويحصل بكل منهما وله بينة بزناها فهو مخير بين لعانها وإقامة البينة) عليها بالزنا ، لأنهما سببان ويحصل بكل منهما ما لا يحصل بالآخر ، فيحصل باللعان نفي النسب الباطل وبالبينة الحد عليها .

(وإن قال) القاذف : (لي بينة غائبة أقيمها أمهل اليومين أو الثلاثة) ليحضرها ، لأن ذلك قريب ، (فإن أتى بالبينة) وشهدت فلا حد ، فإن أقام رجلين بتصديقها له ثبت التصديق ، فلا حد عليه ولا عليها ، لأنه لا يثبت زناها إلا بإقرار بأربعة ، (وإلا) أي وإن لم يأت بها أو لم تكمل (حد) للقذف (إلا أن يلاعن إن كان) القاذف (زوجاً) فيسقط عنه الحد بلعانه ، (فإن قال) الزوج : (قذفتها وهي صغيرة ، فقالت : بل) قذفتني وأنا (كبيرة وأقام كل واحد منهما بينة لما قال : فهما قذفان) موجب أحدهما الحد والآخر التعزير ، لإمكان تعدد القذف ، (وكذلك إن اختلفا في الكفر) بأن قال: قذفتها، وهي كافرة ، قالت : بل مسلمة (أو) اختلفا في (الرق) بأن قال : قذفتها وهي رقيقة ، فقالت : بل حرة ، (أو) اختلفا في (الوقت) بأن قال : قذفتها يوم الخميس ، فقالت : بل يوم الجمعة ، فإذا أقاما بينتين بذلك فهما قذفان (إلا أن يكونا مؤرختين تاريخاً واحداً فيسقطان في أحد الوجهين) وهو الصحيح على ما يأتي في تعارض البينتين ، وكذا لو اتفقا على أنه قذف واحد ، (في) الوجه (الآخر يقرع

بينهما، فإن شهدا أنه قذف فلانة وقذفهما لم تقبل شهادتهما) عليه (لاعترافهما بعدوانه) لادعائهما أنه قذفهما ، (وإن أبرآه) من القذف (وزالت العداوة ثم شهدا عليه بذلك) أي بقذف زوجته (لم تقبل) شهادتهما عليه (بعد ردها) للتهمة ، (وإن ادعيا أنه قذفهما ثم زالت العداوة ثم شهدا عليه بقذف زوجته قبلت) شهادتهما ، لأنهما لم يردا في هذه الشهادة ، (ولو شهد أنه قذف امرأته ثم ادعيا أنه قذفهما ، فإن أضافا دعواهما إلى ما قبل شهادتهما بطلت) شهادتهما لاعترافهما بالعداوة حينها ، (وإن لم يضيفاها وكان ذلك) أي دعواهما قذفهما (قبل الحكم بشهادتهما لم يحكم بها) أي بشهادتهما للتهمة ، و(لا) يمنع الحكم إن كانت دعواهما (بعده) أي بعد حكم الحاكم ، لأنه قد تم فلا يتغير بما حدث من العداوة .

(وإن شهدا أنه قذف امرأته وأمهما لم تقبل) شهادتهما، لأنها لا تبعض ، فإذا ردت لأمهما لزم ردها لامرأته ، (وإن شهدا على أبيهما أنه قذف ضرة أمهما قبلت) شهادتهما، لأنها شهادة على أبيهما، (وإن شهدا) على أبيهما (بطلاق الضرة فوجهان) أصحهما تقبل كما يأتي في موانع الشهادة، لأنها شهادة على الأب، (ولو شهد شاهد أنه أقر بالعربية أنه قذفها وشهد) شاهد (آخر) أنه (أقر بذلك بالعجمية ثبتت الشهادة) لأن الاختلاف في العجمية والعربية عائد على الإقرار دون القذف ، ويجوز أن يكون القذف واحداً والإقرار به في مرتين ، (وكذا لو شهد أحدهما أنه أقر يوم الخميس بقذفها ، وشهد الآخر أنه أقر بذلك يوم الجمعة) ثبتت شهادتهما لما سبق ، (وإن شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية ، و) شهد (الآخر) أنه قذفها (بالعجمية أو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس ، و) شهد (الآخر) أنه قذفها يوم الجمعة : لم يثبت أحد القذفين لعدم كمال نصابه ، (وإن لاعن) الزوج (ونكلت) الزوجة (عن اللعان فلا حد عليها) لأن زناها لم يثبت ، لأن الحد يدرأ بالشبهة ، (وحبست حتى تقر أربعاً أو تلاعن) لقوله تعالى : ﴿ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ ﴾ [1] الآية ، فإذا لم تشهد وجب أن لا يدرأ عنها العذاب، ولا يسقط النسب إلا بالتعانهما جميعاً ، لأن الفراش قائم والولد للفراش ، (ولا يعرض) بالبناء للمفعول أي لا يتعرض (للزوج) بحد ولا مطالبة بلعان (حتى تطالبه) زوجته المقذوفة بذلك ، لأنه حق لها فلا يقام بغير طلبها كسائر الحقوق، فإن عفت عن الحق أو لم تطالب لم تجز مطالبته بنفيه ولا حد ولا لعان ، (فإن أراد اللعان من غير طلبها، فإن كان بينهما ولد يريد نفيه، فله ذلك) قاله القاضي وصاحب المقنع وغيرهما، لأنه ﷺ لاعن هلال بن أمية وزوجته لم تكن طالبته، لأنه محتاج إلى نفيه،

---

(١) سورة النور ، الآية : ٨ .

ولأن نفي النسب الباطل حق له فلا يسقط برضاها به كما لو طالبت باللعان ورضيت بالولد ، وقال في المحرر وتبعه الزركشي : لا يشرع مع وجود الولد على أكثر نصوص الإمام أحمد ، لأنه أحد موجبي القذف فلا يشرع مع عدم المطالبة كالحد ، وقدمه في النظم والرعايتين والحاوي والفروع ، (وإلا فلا) أي وإن لم يكن هناك ولد يريد نفيه لم يكن له أن يلاعن بغير خلاف نعلمه ، لعدم الحاجة إليه .



فصل

وإذا تم اللعان بينهما ثبت له أربعة أحكام :

أحدها : سقوط الحد عنه ، أي عن الزوج (إن كانت) الزوجة (محصنة أو التعزير إن لم تكن) الزوجة (محصنة) لقول هلال بن أمية : « والله لا يعذبني اللهُ عَلَيْهَا كما لَمْ يجلِدني عَلَيْهَا » ولأن شهادته أقيمت مقام بينته وهي تسقط الحد ، فكذا لعانه ، (فإن نكل عن اللعان ، أو) نكل عن تمامه ، (فعليه الحد) لقذفه إياها إن كانت محصنة ، وإلا فالتعزير كما لو لم يكن زوجاً ، (فإن ضرب بعضه) أي بعض الحد ، (فقال : أنا ألاعن سمع ذلك منه) وتقدم ، (ولو نكلت المرأة عن الملاعنة ثم بذلتها سمعت أيضاً) كالرجل ، (فإن قذفها برجل بعينه) بأن قال : زنى بك فلان (سقط الحد عنه لهما) أي للمرأة ومن قذفها به (بلعانه ذكر الرجل في لعانه أو لم يذكره) فيه ، لأن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن سحماء ولم يحده النبي ﷺ لشريك ولا عزره له، ولأن اللعان بينة في أحد الطرفين فكان بينة في الآخر كالشهادة ، (فإن لم يلاعن) الزوج (فلكل) واحد (منهما) أي من المرأة والرجل الذي قذفها به (المطالبة) بالحد (وأيهما طالب حد له وحده) دون من يطالب كما لو قذف رجلاً بالزنا بامرأة معينة ، (وإن قذف امرأته ، و) امرأة (أجنبية) غير زوجته ، (أو) قذف زوجته ورجلاً (أجنبياً بكلمتين فعليه حدان) لكل منهما حد (فيخرج من حد الأجنبية) أو الأجنبي بالبينة أو التصديق فقط ، (و) يخرج (من حد الزوجة بها) أي بالبينة ، وكذا بالتصديق ، (أو باللعان ، وكذا) إن قذفها (بكلمة واحدة إلا أنه إذا لم يلاعن ولم يقم بينة) ولا تصديق (فحد واحد) لأن القذف واحد ، (وإن قال لزوجته : يا زانية بنت الزانية فقد قذفهما) أي زوجته وأمها (بكلمتين) فعليه لهما حدان . (فإن حد لأحدهما لم يحد للآخر حتى يبرأ جلده من حد الأولى) لأن الغرض زجره لا إهلاكه .

الحكم الثاني : الفرقة بينهما ولو لم يفرق الحاكم) بينهما لقول ابن عمر: « المُتَلاعِنَانِ

يُفَرَّقُ بينَهُمَا » . قال : لا يجتمعان أبداً ، رواه سعيد . ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم حاكم كالرضاع ، ولأنها لو وقفت على تفريق الحاكم لفات ترك التفريق إذا لم يرضيا به كالتفريق للعيب والإعسار ، وتفريقه ﷺ بينهما بمعنى إعلامهما بحصول الفرقة ، (فلا يقع الطلاق) بعد تمام تلاعنهما ، لأنها بانت فلا يلحقها طلاقه كالمختلعة ، وأولى ، (وله) أي الحاكم أن يلزمه (أن يفرق بينهما) كما في الرعاية (من غير استئذانهما ويكون تفريقه) أي الحاكم بين المتلاعنين (بمعنى إعلامه لهما حصول الفرقة) بنفس التلاعن ، لأنها لا تتوقف على تفريقه .

الحكم (الثالث : التحريم المؤبد) لقول سهل بن سعد : « مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما لا يجتمعان أبداً » رواه الجوزجاني وأبو داود ورجاله ثقات ، قاله في المبدع ، وروى الدارقطني ذلك عن عليّ ، ولأنه تحريم لا يرتفع قبل الجلد والتكذيب فلم يرتفع بهما كتحريم الرضاع فلا تحل (الملاعنة) له (أي للملاعن) ولو أكذب نفسه ، وإن لاعنها أمة ثم اشتراها لم تحل له (لأنه تحريم مؤبد كالرضاع ؛ ولأن المطلق ثلاثاً إذا اشترى مطلقته لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، فهنا أولى ، لأن هذا التحريم مؤبد .

الحكم (الرابع : انتفاء الولد عنه) لما روى سهل بن سعد أن رسول الله ﷺ فرق بينهما ، ولا يدعي ولدها ، وفي حديث ابن عباس أن النبي ﷺ لما لاعن بين هلال وامرأته فرق بينهما وقضى أن لا يدعي ولدها لأب ولا يرمي ولدها ، ومن رماها أو رمى ولدها ، فعليه الحد رواه أحمد وأبو داود. (إذا ذكره في اللعان في كل مرة) من الخمس (صريحاً) بأن يقول : لقد زنت وما هذا ولدي أو (تضمنا بأن يقول إذا قذفها بزنا في طهر لم يصبها فيه ، وادعى أنه اعتزلها حتى ولدت أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما ادعيت عليها أو فيما رميتها به من الزنا ونحوه) مما يؤدي هذا المعنى فينتفي ، (فإن لم يذكره) أي الولد في اللعان لا صريحاً ولا تضمناً (لم ينتف) احتياطاً للنسب ، (إلا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه) صريحاً أو تضمنا كما تقدم .

(ولو نفى أولاداً كفاه لعان واحد) يصرح فيه بهم أو يذكرهم فيه تضمناً كما تقدم ، (ولا ينتفي) الولد (عنه) أي عن الملاعن (إلا أن ينفيه باللعان التام ، وهو أن يوجد اللعان منهما جميعاً فلا ينتفي بلعان الزوج وحده) حتى تلاعن هي ، (وإن نفى) الزوج (الحمل في التعانه لم ينتف) قال في رواية الجماعة : « لَعَلَّهُ يَكُونُ رِيحاً » ، (فإذا وضعته عاد اللعان لنفيه) لأنه قد تحقق وجوده .

★ ★ ★

(فصل في شروط نفي الولد)[1]

ومن شرط نفي الولد باللعان : (أن ينفيه حالة علمه بولادته من غير تأخير إذا لم يكن عذر) لأن تأخيره دليل إقراره به . (قال أبو بكر : لا يتقدر ذلك بثلاث ، بل هو على ما جرت به العادة ، فإن كان ليلاً فحتي تصبح وينتشر الناس ، وإن كان جائعاً أو ظمآن ، فحتى يأكل أو يشرب أو ينام ، وإن كان ناعساً أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلي إن حضرت الصلاة ويحرز ماله إن كان) ماله (غير محرز وأشباه هذا من أشغاله) لأن ذلك لا يدل على إعراضه عنه ، لجريان العادة بتقديمه ، (فإذا أخره) أي نفيه (بعد هذا) التأخير الذي جرت به العادة (لم يكن له نفيه) لأن ذلك دليل إعراضه عن نفيه ، (ومن شرطه) أي نفي الولد (أن لا يوجد منه) إقرار بالولد ولا (دليل على الإقرار به ، فإن أقر به أو بتوأمه أو نفاه ، وسكت عن توأمه أو هنيئه فسكت) أو هنىء به ، فـ (أمن على الدعاء أو قال : أحسن الله جزاك أو بارك) الله (عليك أو رزقك الله مثله) لحقه نسبه وامتنع نفيه ، لأن الدليل على الإقرار به بمنزلة الإقرار به والسكوت دال على الرضا في البكر فهنا أولى ، (أو أخر نفيه مع إمكانه لحقه نسبه وامتنع نفيه) لأن ذلك كله دليل على الإقرار به ، (وإن قال : أخرت نفيه رجاء موته لم يعذر بذلك) لأن الموت قريب أو غير متيقن فتعليق النفي عليه تعليق على أمر موهوم ، (وإن قال : لم أعلم بولادته وأمكن صدقه بأن يكون في محلة أخرى قبل قوله مع يمينه) لأنه محتمل ، ولا يسقط نفيه ، (وإن لم يكن) صدقه في دعواه عدم العلم به (مثل أن يكون معها في الدار لم يقبل) قوله ، لأنه خلاف الظاهر ، (وإن قال : علمت ولادته ولم أعلم أن لي نفيه أو علمت ذلك) أي أن لي نفيه ، (ولم أعلم أنه على الفور ، وكان) الزوج (ممن يخفي عليه ذلك كعامة الناس أو من هو حديث عهد بإسلام أو من أهل البادية قبل منه) ذلك ، لأنه ممكن ، (وإن كان فقيهاً لم يقبل منه) ذلك ، لأنه لا يخفي عليه مثله ، (وإن أخره) أي نفيه (لحبس أو مرض أو غيبة أو اشتغال بحفظ مال يخاف عليه منه ضيعته ، أو) اشتغل عنه (بملازمة غريم يخاف فواته ، أو) اشتغل عنه (بشيء يمنعه ذلك لم يسقط نفيه) لأن ذلك لا دليل فيه على إعراضه ، وهذا مقتضى كلامه في المقنع . وقال في المبدع : فإن كانت مدة ذلك قصيرة لم يبطل نفيه ، لأنه بمنزلة من علم ليلاً فأخره إلى أن يصبح ، وإن كانت طويلة وأمكنه التنفيذ إلى حاكم ليبعث إليه من يستوفي عليه اللعان والنفي ، فلم يفعل سقط نفيه ، وإن لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته ، فإن لم يفعل بطل خياره ، لأنه إذا لم يقدر

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

على نفيه قام الإشهاد مقامه ، ومعناه في الشرح . (وإن قال) : أخرت نفيه لأني (لم أصدق المخبر به) أي بأنه ولد ، (وكان) المخبر (مشهور العدالة أو كان الخبر مستفيضاً لم يقبل قوله) لأنه خلاف الظاهر ، ولأنه مقصر ، (وإلا) أي وإن لم يكن المخبر مشهور العدالة ، وكان الخبر غير مستفيض (قبل) قوله ، لأنه محتمل ، (وإن علم) أنها ولدت ، (وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره) لعدم ما يدل على إعراضه عنه . قلت : لكن قياس ما تقدم في الشفعة لا بد من الإشهاد ، لأن السير لا يتعين بذلك ، (وإن أقام) الغائب بعد علمه بولادته (من غير حاجة بطل) خياره ، لأن ذلك دليل رضاه به ، (ومتى أكذب) النافي (نفسه بعد نفيه) الولد ، (و) بعد (اللعان لحقه نسبه حياً كان) الولد (أو ميتاً غنياً كان) الولد (أو فقيراً) ، لأن اللعان يمين أو بينة ، فإذا أقر بما يخالفها أخذ بإقراره وسقط حكمها خصوصاً والنسب يحتاط لثبوته ، (ويتوارثان) لأن الإرث تابع للنسب ، وقد ثبت فتبعه الإرث ، (ولزمه الحد) إن كانت المقذوفة (محصنة ، وإلا) أي وإن لم تكن محصنة لزمه (التعزير) لإقراره بكذب نفسه في قذفها ولعانها ، (فإن رجع عن إكذاب نفسه ، وقال لي : بينة أقيمها بزناها ، أو أراد إسقاط الحد باللعان لم يسمعا) أي لا بينته ولا لعانه ، لأن البينة واللعان لتحقق ما قاله ، وقد أقر بكذب نفسه فلا يقبل منه خلافه ، (وإن ادعت أنه قذفها فأنكر) قذفه لها ، (فأقامت به) أي بقذفها (بينة قال : صدقت البينة ليس ذلك قذفاً ، لأن القذف الرمي بالزنا كذباً وأنا صادق فيما رميتها به) فلست قاذفاً ، (ولم يكن) قوله (ذلك إكذاباً لنفسه) لأنه محتمل ، (وله إسقاط الحد باللعان) أو البينة ، (فإن قال) زوجها جواباً لدعواها عليه أنه قذفها بالزنا (ما زنت ولا رميتها بالزنا فقامت البينة عليه بقذفها) بالزنا (لزمه الحد) إن كانت محصنة ، لثبوت موجبه ، وإلا فالتعزير ، (ولم تسمع بينته) بأنها زنت (ولا لعانه) لأن ذلك يكذب قوله ما زنت، (ولو أنفقت الملاعنة على الولد ثم استلحقه الملاعن رجعت) الملاعنة (عليه بالنفقة) لأنها إنما أنفقت عليه تظنه أنه لا أب له ، قاله الموفق : واقتصر عليه في الإنصاف ، (ويأتي في النفقات ، ولا يلحقه) أي الملاعن (نسبه) أي المنفي بلعان (باستلحاق ورثته له بعد موته) أي الملاعن ، (و) بعد تمام (لعانه) نص عليه ، لأنهم يحملون على غيرهم نسباً قد نفاه عنه فلم يقبل منهم ، (ولو نفى من لم ينتف) كمن أقر به ذلك أو وجد منه ما يدل على الإقرار به ، (وقال : أنه من زنا حدان لم يلاعن) لأنه قذف زوجته ، فكان له إسقاط الحد باللعان كما لو لم يكن ولد .

★ ★ ★

(فصل فيما يلحق من النسب)[1]

(من ولدت امرأته من) أي ولد فأكثر (أمكن كونه منه) أي كون الولد من الزوج، (ولو مع غيبته) أي الزوج . قال في الفروع : ولو مع غيبته عشرين سنة ، قاله في المغني في مسألة القافة ، وعليه نصوص أحمد ، ولعل المراد ؛ ويخفي سيره ، وإلا فالخلاف على ما يأتي وتابعه في المبدع .

(ولا ينقطع الإمكان عنه) أي عن الاجتماع (بالحيض) قاله في الترغيب (بأن تلده بعد ستة أشهر منذ أمكن اجتماعه بها ، أو) ولدت (لأقل من أربع سنين منذ أبانها) ولم يخبر بانقضاء عدتها بالقروء ، (وهو ممن يولد لمثله كابن عشر) سننين لحقه نسبه (ما لم ينفه باللعان) لقوله ﷺ : « الولَدُ للفراشِ »[2] وقد زنا بعشر سنين فما زاد لقوله ﷺ : « وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا لِعَشْرٍ ، وَفَرِّقُوا بَيْنَهُم فِي الْمَضَاجِعِ »[3] فأمره بالتفريق دليل على إمكان الوطء الذي هو سبب الولادة ، ولأن تمام عشر سنين زمن يمكن فيه البلوغ فيلحق به الولد ، كالبالغ . وقد روى أن عمرو بن العاص وابنه لم يكن بينهما إلا اثنا عشر عاماً ، (ومع هذا) أي مع لحوق النسب بابن عشر فأكثر ، (فلا يكمل به) أي بإلحاق النسب (مهر) إذا لم يثبت الدخول أو الخلوة ، لأن الأصل براءة ذمته فلا نثبته عليه دون ثبوت سببه الموجب له ، (ولا يثبت به) أي بإلحاق النسب (عدة ولا رجعة) لأن السبب الموجب لهما غير ثابت ، (ولا يحكم ببلوغه) أي ابن عشر فأكثر (إن شك فيه) أي في بلوغه ، لأن الحكم بالبلوغ يستدعي يقيناً ترتيب الأحكام عليه من التكاليف ، ووجوب الغرامات فلا يحكم به مع الشك ، وإنما ألحقنا الولد به احتياطاً حفظاً للنسب ، (وإن أتت به) أي بولد (لدون ستة أشهر منذ تزوجها وعاش) الولد لم يلحقه نسبه ، لأنها مدة لا يمكن أن تحمل وتلد فيها ، فعلم أنها كانت حاملة قبل تزوجها ، (وإلا) أي وإن ولدته لدون ستة أشهر منذ أمكن اجتماعه بها ولم يعش (لحقه بالإمكان) أي إن أمكن كونه منه كابن عشر فأكثر ، (كما) لو ولدته (بعدها) أي بعد الستة أشهر منذ أمكن اجتماعه بها وعاش ، وكان ممن يولد لمثله كما سبق ، (أو) ولدته (لآخر من أربع سنين منذ أبانها) لم يلحقه ، لأنا علمنا أنها حملت به قبل النكاح ، (أو أخبرت) المطلقة البائن (بانقضاء عدتها بالقرء ، ثم أتت به لأكثر من ستة أشهر لم يلحق الزوج) نسبه ، لأنها أتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها في وقت

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

(٢) سبق تخريجه . (٣) سبق تخريجه في كتاب الصلاة .

يمكن أن لا يكون منه فلم يلحقه ، كما لو انقضت عدتها بالحمل ، وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء الزوجية أو العدة ، وما بعدهما فلا يكتفي بالإمكان للحاقه ، وذلك لأن الفراش سبب ، ومع وجود السبب يكتفي بإمكان الحكم ، فإذا انتفى السبب انتفى الحكم لانتفائه (فأما إن طلقها) ولو بائناً (فاعتدت بالإقراء ثم ولد قبل مضي ستة أشهر من آخر إقرائها لحقه) نسب الولد (ولزم أن لا يكون الدم حيضاً) لعلمنا أنها كانت حاملاً في زمن رؤية الدم والحامل لا تحيض ، (وإن فارقها حاملا فولدت) ولداً أو أكثر ، (ثم ولدت) ولداً (آخر قبل مضي ستة أشهر ، لحقه) نسب الثاني كالأول ، لأنهما حمل واحد ، (وإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر لم يلحقه) نسب الثاني (وانتفى عنه من غير لعان) لأنه لا يمكن أن يكون الولدان حملاً واحداً وبينهما مدة الحمل ، فعلم أنها علقت به بعد زوال الزوجية وانقضاء العدة وكونها أجنبية كسائر الأجنبيات ، (وإن) تزوج امرأة ، و (علم أنه لا يجتمع بها كالذي يتزوجها بحضرة الحاكم أو غيره ويطلقها في المجلس أو يموت قبل غيبته عنهم) أي عن أهل المجلس ، لم يلحقه للعلم حساً ، ونظراً لأنه ليس منه (أو يتزوجها وبينهما) أي الزوجين (مسافة) بعيدة (لا يصل إليها في المدة التي ولدت فيها كشرقي يتزوج بغربية) فإن الوقت لا يسع مدة الولادة وقدومه ووطأه بعده (لم يلحقه) النسب ، والمراد وعاش ، وإلا لحقه بالإمكان ، ذكره في الفروع .

(وإن أمكن وصوله) أي الزوج إلى الزوجة (في المدة) التي مضت بعد العقد والولادة (لحقه النسب) لما سبق في التعليق والوسيلة والانتصار ، ولو أمكن ولا يخفي السير كأمير وتاجر كبير ، ومثل في عيون المسائل بالسلطان والحاكم ، ونقل ابن منصور إن علم أنه لا يصل مثله لم يقض بالفراش وهي مثله ، وإن كان الزوج صبياً له دون عشر سنين لم يلحقه نسب ، لأنه لم يعهد بلوغ قبلها ، (أو) كان الزوج (مقطوع الذكر والأنثيين ، أو) مقطوع (الأنثيين فقط) أي مع بقاء الذكر (لم يلحقه نسبه) لأن الولد لا يوجد إلا من مني ، ومن قطعت خصيتاه لا مني له ، لأنه لا ينزل إلا ماء رقيقاً لا يخلق منه الولد ولا وجد ذلك ، ولا اعتبار بإيلاج لا يخلق منه الولد ، كما لو أولج الصغير ، (ويلحق) الولد (مقطوع الذكر فقط) لأنه يمكن أن يساحق فينزل ما يخلق منه الولد ، ولهذا ألحقنا ولد الأمة بسيدها إذا اعترف بوطئها دون الفرج ، (و) يلحق (العنين) لإمكان إنزاله ما يخلق منه الولد .



(فصل في حكم الوضع في الطلاق الرجعي)[1]

وإن طلقها طلاقاً رجعياً فولدت لأكثر من أربع سنين منذ طلقها وقبل نصف سنة منذ أخبرت بفراغ العدة إن أخبرت بها ، (أو) ولدت لأكثر من أربع سنين منذ طلقها إن (لم تخبر) بانقضائها لحقه نسبه ، (أو) ولدت (لأقل من أربع سنين منذ انقضت عدتها، لحقه نسبه) لأنها في حكم الزوجات أشبه ما قبل الطلاق، (وإن أخبرت) المرأة (بموت زوجها فاعتدت) للوفاة ، (ثم تزوجت) وولدت (لحق الثاني ما ولدته لنصف سنة فأكثر) لأنه ولد على فراشه لا ما ولدته لدون ذلك وعاش ، لأنه ليس منه يقيناً ، (وإن وطيء رجلاً امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد لحقه نسبه) للشبهة .

(وقال) الإمام (أحمد : كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد ، ولو تزوج رجلان أختين) أو غيرهما (فزنت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى غلطاً فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطيء) للشبهة (لا) يلحق (بالزوج) للعلم بأنه ليس منه ، (وإن وطئت امرأته أو أمته بشبهة في طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء لحق) الولد (الواطيء) للعلم بأنه منه ، (وانتفى عن الزوج من غير لعان) للعلم بأنه ليس منه ، (وإن أنكر الواطيء الوطء فالقول قوله بغير يمين) لأن الأصل عدمه ، (ويلحق نسب الولد بالزوج) لأن الولد للفراش ، (وإن أتت) الموطوءة بشبهة (به) أي بالولد (لدون ستة أشهر من حين الوطء) أي وطء الشبهة (لحق) الولد (الزوج) للعلم بأنه ليس من وطء الشبهة ، (وإن اشتركا) أي الزوج والواطيء بالشبهة (في وطئها في طهر) واحد (فأتت بولد يمكن أن يكون منهما لحق) الولد (الزوج، لأن الولد للفراش) سواء ادعياه أو أحدهما أو لا ، (وإن ادعى الزوج أنه من الواطيء ، فقال بعض أصحابنا) قال في الإنصاف : هنا منهم صاحب المستوعب (يعرض على القافة معهما فيلحق بمن ألحقته به منهما) لاحتمال أن يكون من كل منهما، (فإن ألحقته بالواطيء لحقه ولم يملك نفيه عن نفسه) لتعذر اللعان منه لفقد الزوجية ، (وانتفى عن الزوج بغير لعان) لأن إلحاقه القافة كالحكم ، (وإن ألحقته) القافة (بالزوج يلحق) به (ولم يملك الواطيء نفياً بأنه للعان) لأنه نقض لقول القائف ، (وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما) لإمكانه كما تقدم، (ولم يملك الواطيء نفيه عن نفسه، وهل يملك الزوج نفيه باللعان ؟ على روايتين) أطلقهما في المغني وغيره . قلت : مقتضى كلامهم لا يملكه لعدم القذف فلا يمكن اللعان، وأيضاً إلحاق القائف كالحكم فلا يرفعه بلعانه .

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

(فإن لم يوجد قافة أو اشتبه عليهم لحق الزوج) لأن الولد للفراش ، (وإن أتت امرأته بولد فادعى أنه من زوج) كان (قبله ، وكانت تزوجت بعد انقضاء العدة أو بعد أربع سنين منذ بانت من الأول لم يلحق) الولد (بالأول) لما سبق ، (وإن وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يلحق) الولد أيضاً (به) حيث عاش لعدم الإمكان ، (وينتفي) نسب الولد (عنهما) أي عن الأول والثاني ، (وإن كان) وضعها له (أكثر من ستة أشهر) منذ أمكن اجتماعه بها ، (فهو) أي الولد (ولده) أي الثاني ، لأنها فراشه وأمكن كونه منه لحقه ، (وإن كان) وضعها للولد (لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول ولم يعلم انقضاء العدة) عرض على القافة معهما ، لإمكان أن يكون من كل منهما ، و(لحق بمن ألحقته القافة) به منهما ، (فإن ألحقته بالأول انتفى عن الزوج بغير لعان) لما مر ، (وإن ألحقته بالزوج انتفى عن الأول وليس للزوج نفيه) باللعان كما سبق ، (وتعتبر عدالة القائف وذكوريته وكثرة إصابته) ، و(لا) تعتبر (حريته) كالشاهد ، (ويكفي) قائف (واحد) لأنه ينفذ ما يقوله ، فهو كالحكاكم ، (ولا يبطل قولها) أي القافة (بقول) قافة (أخرى ولا بإلحاقها غيره) كما لا يبطل حكم الحاكم بحكم غيره ولا بإبطاله ، (وتقدم في اللقيط بعضه) موضحاً .

★ ★ ★



فصل

ومن اعترف بوطء أمته في الفرج أو دونه أي دون الفرج صارت فراشاً له (لأنه قد يجامع) في غير الفرج (فيسبق الماء إلى الفرج ، فـ) إذا (ولدت) ولداً (لستة أشهر) فأكثر (لحقه نسبه ، وإن ادعى العزل أو عدم الإنزال) لحديث عائشة في ابن زمعة ، ولقول عمر : « لا تأتيني وليدةٌ يَعترِفُ سيِّدُهَا أنَّهُ ألمَّ بها إلا ألحقْتُ بِهِ وَلَدَهَا بَعْدَ ذلكَ أوِ اترُكُوا » رواه الشافعي عن مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه عن جده. وقياساً على النكاح ، وفارق الملك النكاح بأنه لا يتعلق به تحريم المصاهرة، وينعقد في محل يحرم النكاح فيه كالمجوسية وذوات محارمه ، وإن وطئها في الدبر لم تصر فراشاً في الأشهر ، لأنه ليس منصوص عليه ولا في معناه (إلا أن يدعي الاستبراء) لأنه دليل على براءة الرحم والقول قوله في حصوله ، لأنه أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه إلا بعسر ومشقة ، (ويحلف عليه) لأن الاستبراء غير مختص به أشبه سائر الحقوق ،

(فينتفي) الولد عن السيد (بذلك) أي بولادتها له لستة أشهر فأكثر بعد استبرائه إياها، لأن الأصل عدمه وليست فراشاً له ، (فإن ادعى الاستبراء فأتت بولد ليس بينهما ستة أشهر) فأكثر ، (فأقر بأحدهما ونفى) عنه (الآخر لحقاه) لأنهما حمل واحد ، فإذا استلحق بعضه لحق باقيه بالضرورة ، (وإن أعتقها أو باعها ونحوه) كما لو وهبها أو جعلها عوضاً عن أجرة أو نكاح (بعد اعترافه بوطئها فأتت بولد لدون ستة أشهر من حين العتق أو البيع) ونحوه (لحق به) لأنها حملت به وهي فراش ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، (وتصير أم ولد له) لكونها حملت به في ملكه (والبيع باطل) لأنها صارت أم ولد ، (وكذا إن لم يستبرئها فأتت به لأكثر من ستة أشهر ، وادعى المشتري أنه من البائع فهو ولد البائع) لأنه وجد منه سببه وهو الوطء ولم يوجد ما يعارضه ولا ما يمنعه فتعين إحالة الحكم عليه ، (سواء ادعاه البائع أو لم يدعه) لأن الموجب لإلحاقه أنها لو أتت به في ملكه في تلك المدة للحق به ، وانتقال الملك عنه لم يتجدد به شيء ، (وإن ادعاه المشتري لنفسه) وكان البيع قبل استبرائها وولدت لأكثر من ستة أشهر من حين أرى القافة ، (أو ادعى كل واحد منهما أنه) أي الولد (للآخر) بأن ادعى البائع أنه للمشتري وادعى المشتري أنه للبائع ، (والمشتري مقر بالوطء أرى القافة) لأن نظرها طريق شرعي إلى معرفة النسب عند الاحتمال لما تقدم .

(وإن استبرئت) الأمة المبيعة (ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر لم يلحقه) أي البائع (نسبه) لأن الاستبراء يدل على براءتها من الحمل ، وقد أمكن أن يكون من غيره لوجود مدة الحمل بعد الاسبراء مع قيام الدليل ، فلو أتت به لأقل من ستة أشهر ، فالاستبراء غير صحيح ، (وكذا إن لم تستبرأ) الأمة المبيعة وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر ، (ولم يقر المشتري للبائع به) فلا يلحقه نسبه ، لأنه ولد أمة المشتري فلا تقبل دعوى غيره له إلا بإقرار من المشتري .

(وإن ادعاه) أي ادعى البائع الولد أنه منه (بعد ذلك) أي بعد أو ولدته لستة أشهر (وصدقه المشتري لحقه) أي البائع (نسبه وبطل البيع) لكونها أم ولد ، (فإن لم يكن البائع أقر بوطئها قبل بيعها لم يلحقه الولد بحال ، سواء ولدته لستة أشهر أو أقل) منها، لأنه يحتمل أن يكون من غيره ، (وإن اتفقا) أي البائع والمشتري (على أنه ولد البائع ، فهو ولده) لأن الحق لهما يثبت باتفاقهما (وبطل البيع) لأنها أم ولد .

(وإن ادعاه البائع) أنه ولده (ولم يصدقه المشتري فهو عبد للمشتري) ولا يقبل قول

البائع في الإيلاد ، لأن الملك قد صار إلى المشتري في الظاهر ، فلا يقبل قول البائع فيما يبطل حقه ، (كما لو باع عبداً ثم أقر أنه قد أعتقه ، والقول قول المشتري مع يمينه (لاحتمال صدق البائع ، وهل يلحق البائع نسبه مع كونه عبداً للمشتري ، لأنه يجوز أن يكون ابناً لأحدهما مملوكاً للآخر أو لا لأن فيه ضرراً على المشتري فيما لو أعتقه كان أبوه أحق بميراثه ؟ وجهان ، (ويلحق الولد بوطء الشبهة) وتقدم ، (و) يلحق (فكل نكاح فاسد فيه شبهة) كالنكاح المختلف في صحته فيكون (كنكاح صحيح) في لحوق النسب ، حيث أتت به لستة أشهر منذ أمكن إجتماعه بها ، و(لا) يكون (كملك اليمين) بحيث يتوقف لحوق النسب فيه على الإقرار بالوطء ، (ولا أثر لشبهة ملك مع فراش) لحديث : « الوَلَدُ لِلفِراشِ » .

(وإن وطيء المجنون من لا شبهة له عليها ، ولا شبهة ملك لم يلحقه نسبه) لأنه لا يستند إلى ملك ولا اعتقاد إباحة ، وعليه مهر المثل إن أكرهها على الوطء ، لأن الضمان يستوي فيه المكلف وغيره ، وتبعه نسب الأب إجماعاً ما لم ينتف كابن ملاعنة وتبعية ملك أو حرية لأم إلا مع شرط أو غرور وتبعية دين لخيرهما وتبعية نجاسة وحرمة أكل لأخبثهما . انتهى .





كتاب العدد

واحدها عدة بكسر العين فيهما . قال ابن فارس والجوهري : عدة المرأة أيام أقرائها ، والمرأة معتدة ، (وهي) أي العدة شرعاً : (التربص المحدود شرعاً) يعني مدة معلومة تتربص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها ، وذلك يحصل بوضع حمل أو مضي أقراء أو أشهر على ما يأتي تفصيله . والأصل فيها الإجماع ، ودليله الكتاب والسنة ، ويأتي مفصلاً في مواضعه والمعنى يشهد له ، لأن رحم المرأة ربما كان مشغولاً بماء شخص ، وتمييز الأنساب مطلوب في نظر الشرع والعدة طريق له .

والعدة أربعة أقسام : معنى محض ، وتعبد محض ، ومجتمع الأمرين ، والمعنى أغلب ، ويجتمع الأمران والتعبد أغلب. فالأول: عدة الحامل، والثاني: عدة المتوفي عنها زوجها التي لم يدخل بها، والثالث: عدة الموطوءة التي يمكن حبلها ممن يولد لمثله، سواء كانت ذات إقراء أو أشهر ، فإن معنى براءة الرحم أغلب من التعبد بالعدد المعتبر لغلبة ظن البراءة ، والرابع: كما في عدة الوفاة للمدخول بها التي يمكن حملها وتمضي إقراؤها في أثناء الشهور ، فإن العدد الخاص أغلب من براءة الرحم بمضي تلك الإقراء (كل امرأة فارقها زوجها في حياته قبل المسيس والخلوة فلا عدة عليها) إجماعاً لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ ﴾ [1] الآية ، ولأن العدة إنما وجبت في الأصل لبراءة الرحم ، والمسيس اللمس باليد ، ثم استعير للجماع، لأنه مستلزم له .

(وإن خلا) الزوج (بها وهي مطاوعة ولو لم يمسها) مع علمه بها ، (ولو) كانت الخلوة (في نكاح فاسد فعليه العدة سواء كان بهما) أي الزوجين مانع ، (أو) كان (بأحدهما مانع من الوطء) حسي أو شرعي (كإحرام وصيام وحيض ونفاس ومرض وجب وعنة ورتق وظهار وإيلاء واعتكاف ، أو لم يكن) لما روى ، والأثرم عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً ، فقد وجب المهر ووجبت العدة ، وهذه قضية اشتهرت ولم تنكر ، فكانت كالإجماع وضعف أحمد ما روى خلافه ، ولأنه عقد على المنافع ، فالتمكين منه يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام كعقد الإجارة والآية مخصوصة بما ذكرناه ، والحكم معلق على الخلوة التي هي مظنة الإصابة دون حقيقتها فلم تؤثر ، ولو اختلى بها ، واختلفا في المسيس قبل قول من يدعي

(١) سورة الأحزاب ، الآية : ٣٩ .

الوطء احتياطاً للإبضاع ، ولأنه أقرب إلى حال الخلوة ، ذكره في المبدع (إلا أن لا يعلم) الزوج (بها) في الخلوة (كأعمى وطفل) فلا عدة عليها ، لأن المظنة لا تتحقق ، (ومن لا يولد لمثله لصغره) كابن دون العشرة ، (أو كانت لا يوطأ مثلها لصغرها) كبنت دون تسع فلا عدة ، (أو) خلا بها (غير مطاوعة وفارقها في حياته، فلا عدة عليها، ولا يكمل صداقها) لعدم تحقق المظنة مع ظهور عدم المسيس ، (ولا تجب) العدة (بالخلوة بلا وطء في نكاح مجمع على بطلانه) كالخامسة والمعتدة سواء (فارقها) حياً (أو مات عنها) لأن وجود صورة ذلك العقد كعدمه ، (وإن وطئها) في النكاح المجمع على بطلانه ، (ثم مات أو فارقها اعتدت لوطئه بثلاثة قروء منذ وطئها) لأن ذلك العقد كعدمه (كالمزني بها من غير عقد ، ولا) تجب العدة (بتحملها ماء الرجل) قال ابن حمدان : إن كان ماء زوجها اعتدت ، وإلا فلا . وقال في المبدع فيما يلحق من النسب: إذا تحملت ماء زوجها لحقه نسب من ولدته منه ، وفي العدة والمهر وجهان ، فإن كان حراماً أو ماء من ظنته زوجها فلا نسب ولا مهر ولا عدة في الأصح فيها ، وقال في المنتهى : وكتاب الصداق ، ويثبت به نسب وعدة ومصاهرة ولو من أجنبي ، (ولا) تجب العدة (بالقبلة واللمس من غير خلوة) لأن العدة في الأصل إنما وجبت لبراءة الرحم وهي متيقنة ، (وتجب) العدة (على) الزوجة (الذمية من) زوجها (الذمي ، و) من زوجها (المسلم) لعموم الأدلة ، ولأنهم مخاطبون بفروع الإسلام ، (ولو لم تكن) المعتدة (من دينهم) أي الذميين أي مشروعة فيه لما تقدم ، (وعدتها كعدة المسلمة) على ما يأتي تفصيله للعموم ، (وتجب العدة على من وطئت مطاوعة كانت أو مكرهة إلا أن يكون الواطيء لا يولد لمثله لصغره) كابن دون عشر ، فلا عدة عليها لوطئه ، (وهو مذهب المالكية) لأن العدة تراد للعلم ببراءة الرحم من الحمل ، فإذا كان الواطيء لا يولد لمثله فالبراءة متيقنة ، فلا فائدة في العدة ، (والمعتدات ست) أي ستة أضرب تأتي مفصلة ، ولم يجعل الآيسات من المحيض ضرباً ، واللائي لم يحضن ضرباً ، لاستواء عدتهما ، (إحداهن : أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ، حرائر كن أو إماء ، مسلمات أو كافرات ، عن فرقة الحياة أو الممات) لعموم قوله تعالى: ﴿ وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (١) قال في المبدع : وآية الحمل متأخرة عن آية الأشهر . قال ابن مسعود : من شاء باهلته أو لاعنته أن الآية التي في سورة النساء القصرى: ﴿ وأُولاتُ الأَحْمَالِ أجلهن أَنْ يَضَعْنَ حملَهُنَّ ﴾ (٢) نزلت بعد آية

---

(١) ، (٢) سورة الطلاق ، الآية : ٤ .

البقرة : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ ﴾ [1] والخاص مقدم على العام ، (ولا تنقضي عدتها إلا بوضع كل الحمل) لقوله تعالى : ﴿ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [2] فإذا وضعته انقضت عدتها ، (ولو لم تطهر وتغتسل من نفاسها) للعلم ببراءة الرحم بالوضع ، (لكن إن تزوجت في مدة النفاس حرم وطؤها حتى تطهر) قياساً على الحيض ، (فلو ظهر بعض الولد فهي في عدة حتى ينفصل باقيه إن كان) الحمل (واحداً ، وإن كان) الحمل (أكثر) من واحد (فـ) هي في عدة (حتى ينفصل باقي الأخير) لقوله تعالى : ﴿أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [3] ، وقبل وضع كل الأخير لم تضع حملها بل بعضه .

(فإن وضعت ولداً وشكت في وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن أنه لم يبق معها حمل) وفي نسخة ولد ليحصل العلم ببراءة الرحم (والحمل الذي تنقضي به العدة تصير به الأمة أم ولد، وهو ما تبين فيه شيء من خلق الإنسان، كرأس ورجل) فتنقضي به العدة إجماعاً حكاه ابن المنذر ، لأنه علم أنه حمل فيدخل في عموم النص ، (فإن وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء من ذلك) أي خلق الإنسان ، (فذكر ثقات من النساء أنه مبدأ خلق آدمي لم تنقض به العدة) لأنه لم يصر ولداً أشبه العلقة ، (وكذا لو ألقت نطفة أو دماً أو علقة) فلا يتعلق به شيء من الأحكام، لأنه لم يثبت أنه ولد بالمشاهدة لا بالبينة ، (لكن لو وضعت مضغة لم يبن) أي يظهر (فيها الخلق فشهدت ثقات من القوابل أن فيها صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمي انقضت به العدة) لأنه حمل فيدخل في عموم النص ، (وإن أتت بولد لا يلحقه) أي الزوج (نسبه كامرأة صغير لا يولد لمثله ، و) امرأة (خصي مجبوب) أو خصي غير مجبوب كما سبق (ومطلقة عقب عقد) بأن طلقها بالمجلس ، وكذا لو مات (ومن ولد لدون ستة أشهر منذ عقد عليها وعاش أو بعد أربع سنين منذ مات ، أو) منذ (بانت منه ، أو) منذ (انقضاء عدتها إن كانت رجعية لم تنقض عدتها به) لأنه حمل ليس منه يقيناً فلم تعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته ، (وتعتد بعدة عدة وفاة) إن كانت متوفي عنها ، (أو عدة فراق) إن كان فارقها في الحياة ، (حيث وجبت) عدة الفراق على ما تقدم تفصيله (وأقل مدة الحمل ستة أشهر) وفاقاً لما روى الأثرم والبيهقي عن أبي الأسود أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر ، فهم عمر برجمها فقال له عليٌّ : ليس لك ذلك . قال الله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [4] ، وقال :

---

(1) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٤ .

(2) ،(3) سورة الطلاق ، الآية : ٤ .

(4) سورة البقرة ، الآية : ٣٣ .

﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ [(١)] ، فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً لا رجم عليها فخلى عمر سبيلها ، وقال ابن عباس : كذلك رواه البيهقي. وذكر ابن قتيبة أن عبد الملك ابن مروان ولد لستة أشهر ، (وغالبها) أي مدة الحمل (تسعة أشهر) لأن غالب النساء كذلك يحملن ، وهذا أمر معروف بين الناس (وأكثرها أربع سنين) لأن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود ، وقد وجد أربع سنين ، فروى الدارقطني عن الوليد بن مسلم . قلت لمالك بن أنس عن حديث عائشة قالت : « لا تزيدُ المرْأةُ فِي حَمْلِهَا على سَنَتَيْنِ فقال : سُبحانَ اللهِ مَنْ يَقُولُ هذا ؟ هذه جارتنا امْرَأةُ محمّد بن عَجْلانَ امْرَأة صِدْقٍ وزوْجُهَا رَجُلُ صدقٍ حَمَلَتْ ثلاثَة أبطُنٍ فِي اثني عَشَرَ سَنَة » ، وقال الشافعي : « بقِيَ مُحَمّدُ بن عجْلانَ فى بَطْنِ أمّهِ أربعَ سنين » ، وقال أحمد : « نساءُ بَنِي عَجْلان تحملُ أربع سنين » ، (وأقل ما يتبين به) خلق (الولد أحد وثمانون يوماً) لحديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « إنَّ أحَدَكُمْ يُجمَعُ خَلَقُهُ فِي بطن أمّه أربعين يوماً نُطْفَةً ثم يكُونُ علقَةً مثل ذلكَ ثم يكونُ مضغَةً مِثلَ ذَلكَ » [(٢)] الحديث ، ولا شك أن العدة لا تنقضي بما دون المضغة ، فوجب أن يكون بعد الثمانين ، فأما بعد أربعة أشهر فليس فيه إشكال ، وذكر المجد في شرحه أن غالب ما يتبين فيه خلقه ثلاثة أشهر .

★ ★ ★

(فصل في الثانية من المعتدات)

الثانية من المعتدات المتوفي عنها زوجها ، ولو كان (طفلاً ، أو) كانت (طفلة لا يولد لمثلهما ولو قبل الدخول) والخلوة (فتعتدان لم تكن حاملاً منه أربعة أشهر وعشر ليال بعشرة أيام إن كانت حرة) قال في المبدع بالإجماع ، يعني في الجملة وسنده الآية وقول النبي ﷺ : « لا يحِلُّ لامرأةٍ تُؤْمنُ باللهِ واليَوْم الآخر أنْ تحدَّ على ميِّتٍ فوقَ ثلاثٍ إلا على زَوج أربعَةَ أشْهُرٍ وعَشراً » [(٣)] ، والعرب تغلب حكم التأنيث في العدد خاصة على الذكر تطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها ، لقوله تعالى لزكريا : ﴿ آيَتُكَ أن لا تُكَلِّمَ الناسَ ثلاثَ لَيَالٍ سَوِيّاً ﴾ [(٤)] يريد بأيامها ، لقوله تعالى : ﴿ آيتك أنْ لا تُكَلِّمَ

---

(١) سورة الأحقاف ، الآية : ١٥ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري في كتاب بدء الخلق ، باب ذكر الملائكة ، وأخرجه مسلم في كتاب القدر ، باب كيفية خلق الآدمي في بطن أمه وكتابة رزقه وأجله وعمله وشقاوته وسعادته ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١٦٩٥) .

(٣) الحديث من رواية أم حبيبة وزينب ، باب مراجعة الحائض ، وأخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد .

(٤) سورة مريم ، الآية : ١٠ .

النَّاسَ ثَلاثَةَ أيّام إلا رَمْزاً ﴾ (١) ، (وإن كانت) المتوفي عنها زوجها (أمة) فعدتها (نصفها) أي شهران وخمسة أيام بلياليها ، لأن الصحابة أجمعوا على أن عدة الأمة على النصف من عدة الحرة ، قاله في المبدع ، وإن كانت المتوفي عنها (حاملاً من غيره) أي من غير زوجها (اعتدت للزوج) عدة وفاة (بعد وضع الحمل) ، وتقدم ، (و) عدة (معتق بعضها بالحساب من عدة حرة وأمة ويجبر بالكسر) فمن نصفها حر ونصفها رقيق تعتد بثلاثة أشهر وثمانية أيام بلياليها .

(وإن مات زوج الرجعية في عدتها استأنفت عدة الوفاة) من (حين موته) لأنها زوجة ، فتدخل في عموم قوله : ﴿ والّذِينَ يُتَوَفَّونَ مِنْكُمْ ﴾ (٢) الآية ، (وسقطت عدة الطلاق) لأنها تعتد للوفاة فلا يجتمع معها غيرها إجماعاً ، حكاه ابن المنذر ، (وإذا قتل المرتد في عدة امرأته استأنفت عدة وفاته) لأنه كان يمكنه تلافي النكاح بعدوه إلى الإسلام فأشبهت الرجعية ، (ولو أسلمت امرأة كافر ثم مات قبل انقضاء العدة انتقلت إلى عدة وفاته في قياس التي قبلها) قاله الشيخ تقي الدين ، واقتصر عليه في الإنصاف ، (وإن طلقها في الصحة بائناً ثم مات في عدتها لم تنتقل عنها) بل تبني على عدة الطلاق مطلقاً ، ولا تعتد للوفاة للآية ، ولأنها أجنبية منه في غير نكاحه وميراثه فلم تعتد لوفاته كما لو انقضت عدتها ، (وإن كان الطلاق) البائن (في مرض موته) المخوف ومات في العدة (اعتدت أطول الأجلين من عدة طلاق وعدة وفاة) لأنها وارثة ، فيجب عليها أن تعتد للوفاة ، ومطلقة ، فيجب عليها أن تعتد بأطولهما ضرورة أنها لا تخرج عن العهدة يقيناً إلا بذلك (إلا أن تكون) البائن في المرض (لا ترثه كالأمة أو الحرة يطلقها العبد أو الذمية) الكتابية (يطلقها المسلم أو تكون هي سألته الطلاق ، أو) سألته (الخلع أو فعلت ما يفسخ نكاحها) من نحو رضاع زوجة صغرى ، (فتعتد للطلاق لا غير) لأنها ليست وارثة أشبهت المبانة في الصحة ، (وإن كانت المطلقة) البائن (مبهمة ، أو) كانت (معينة ثم أنسيها ثم مات اعتدت كل واحدة الأطول منهما) لأن كل واحدة يحتمل أنها المطلقة ، وأنها المتوفى عنها فلا تخرج عن العهدة يقيناً إلا بذلك ، لكن ابتداء القرء من حين طلق وابتداء عدة الوفاة من حين مات ، وكذا لو كان المطلقات ثلاثاً عن أربع (ما لم تكن حاملاً) فتنقضي عدتها بوضع الحمل على كل حال ، (وإن مات المريض المطلق في مرضه بعد انقضاء عدتها بالحيض أو بالشهور أو بوضع الحمل أو كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته) لأنها ليست زوجة ولا في حكمها ، (ولا

---

(١) سورة آل عمران ، الآية : ٤١ .   (٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٤ .

يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة) في قول عامة الفقهاء لظاهر الآية ، (وإن ارتابت المتوفي عنها كظهور أمارات الحمل من الحركة وانتفاخ البطن وانقطاع الحيض ونزول اللبن في ثديها وغير ذلك قبل أن تنكح ، ولو بعد فراغ شهور العدة لم تزل في عدة حتى تزول الريبة) فإن كان حملاً انقضت عدتها بوضعه ، وإن زالت وبان أنه ليس بحمل تيقناً أن عدتها انقضت بالشهور ، (وإن تزوجت قبل ذلك) أي قبل زوال الريبة (لم يصح النكاح ولو تبين عدم الحمل) لأنها تزوجت وهي في حكم المعتدات ، (وإن كان) ظهور الريبة (بعد) العقد عليها ، و(الدخول) بها (لم يفسد نكاحها) لأنه وجد بعد انقضاء العدة ظاهراً والحمل مع الريبة مشكوك فيه ، فلا يزول ما حكمنا بصحته ، (ولم يحل وطئها حتى تزول الريبة) لشكنا في حل وطئها ، لقوله ﷺ : « مَن كَانَ يُؤمِنُ باللهِ واليَوْمَ الآخِرِ فلا يحِلُّ لهُ أن يَسْقِي ماؤه زَرْعَ غَيرِهِ »[1] .

(وإن كان) ظهور الريبة (قبله) أي قبل الدخول وبعد العقد لم يفسد أيضاً لما تقدم (إلا أن تأتي بولد ، والمراد يعيش لدون ستة أشهر منذ نكحها فيفسد) أي يتبين بطلان العقد ، لأنها معتدة (فيهما) أي في صورتي ما إذا كان ظهور الريبة بعد الدخول وقبله، (وإن مات عن امرأة نكاحها فاسد كالنكاح المختلف فيه) كبلا ولي (فعليها عدة وفاة) لأنه نكاح يلحق فيه النسب فوجبت به العدة كالصحيح ، وإن فارقها في الحياة بعد الإصابة أو الخلوة اعتدت بثلاثة قروء أو أشهر ، والنكاح المجمع على بطلانه وجوده كعدمه ، وتقدم .

★ ★ ★

(فصل في الثالثة من المعتدات)

الثالثة من المعتدات ذات القروء المفارقة في الحياة بعد الدخول بها أو الخلوة (بطلاق أو خلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أو إعتاق تحت عبد أو اختلاف دين أو غيره فعدتها ثلاثة قروء، وإن كانت حرة أو بعضها) لقوله تعالى: ﴿ والمطَلّقَاتُ يَتَربَّصْنَ بأنفُسِهِنَّ ثلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾[2] وغير المطلقة بالقياس عليها ، ولأن عدة الأمة بالقروء قرآن فأدنى ما يكون فيها من الحرية يوجب قرءاً ثالثاً ، لأنه لا يتبعض، (و) عدتها (قرآن

---

(١) الحديث ذكره السيوطي في الجامع الصغير بلفظ من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه ولد غيره ، وعزاه للترمذي عن رويفع ، وقال : إنه حسن ، راجع مختصر شرح المناوي على الجامع الصغير: ٣١٣/٢ ، تحقيق عمارة ، طبع عيسى الحلبي .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .

إن كانت أمة) روى عن عمر وعليّ وابن عمر ، ولا يعرف لهم مخالف في الصحابة ، وكالحد ، وكان القياس يقتضي أن تكون حيضة ونصفاً ، كما أن حدها النصف من الحرة إلا أن الحيض لا يتبعض ، فوجب تكميله كالمطلقة والمدبرة والمكاتبة وأم الولد كالأمة (والقراء الحيض) لقول عمر وعليّ وابن عباس، وروى عن أبي بكر وعثمان وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء . قال أحمد في رواية الأثرم : كنت أقول أنه الأطهار ، ثم رجعت لقول الأكابر ، ولأنه لم يعهد في لسان الشارع استعماله بمعنى الطهر في موضع، واستعمل بمعنى الحيض في غير حديث ، (ولا يعتد بالحيضة التي طلقها فيها) حتى تأتي بثلاث كاملة بعدها لظاهر الآية ، ورواه البيهقي بإسناد رجاله ثقات عن ابن عمر .

(وإن قال الزوج : وقع الطلاق في الحيض أو في أوله ، وقالت : بل) وقع (في الطهر الذي قبله) أي الحيض ، (أو قال) الزوج : (انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر ، فوقع في أول الحيض ، وقالت : بل بقي منه) أي الطهر (بقية فالقول قولها) لأنها مؤتمنة على نفسها في البضع وفي انقضاء العدة ، قاله في الشرح ، وفي الفروع والمنتهى وغيرهما ، القول قوله أنه لم يطلق إلا بعد حيض أو ولادة وفي وقت كذا (وإذا انقطع دمها من الحيضة الثالثة لم تحل للأزواج حتى تغتسل ، وإن فرطت في الاغتسال مدة طويلة) قال أحمد : روى عن ابن عباس أنه كان يقول : « إذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة ، فقد بانت منه » وهو أصح في النظر . قيل له : فلم لا تقول به ؟ قال : ذلك يقول به عمر وعليّ وابن مسعود ، فأنا أتهيب أن أخالفهم ، يعني اعتبار الغسل ، ويرشحه أن الظاهر إنما تركوه عن توقيف ممن له البيان ، وروي عن أبي بكر وعثمان وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء ، (وتنقطع بقية الأحكام) من قطع الإرث والطلاق واللعان والنفقة (بانقطاعه) أي حيض دم الثالثة ، (وتقدم في الرجعة) .



(فصل في الرابعة من المعتدات)[1]

الرابعة من المعتدات المفارقة في الحياة ولم تحض ليأس أو صغر فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى: ﴿ واللائِي يَئِسنَ مِن المحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إنِ ارتَبْتُم فَعِدَّتُهنَّ ثلاثَةُ أشْهُرٍ﴾[2] (وإن كانت أمة أو أم ولد) أو مدبرة أو مكاتبة فعدتها (شهران) احتج بقول عمر ، رواه الأثرم ، ولأن كل شهر مقام قرء وعدتها بالأقراء قرآن ، فكذا بدلهما شهران ، (و) عدة (من بعضها حر بالحساب) من عدة حرة وأمة فتزيد من الشهرين على الثالث بقدر

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ . (١) سورة الطلاق ، الآية : ٤ .

حريتها ، فمن نصفها حر ونصفها رقيق تعتد بشهرين ونصف ، ومن ثلثاها حر تعتد بشهرين وعشرين يوماً وهكذا ، وذكر أبو بكر وقدمه في الترغيب : إن عدتها كحرة على الروايات (والابتداء) أي ابتداء العدة (من حين وقع الطلاق ، سواء كان) وقوعه (في الليل أو النهار أو في أثنائهما من ذلك الوقت إلى مثله ، فإن كان الطلاق أول الشهر اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلة) لظاهر النص ، (وإن كان في أثنائه) أي الشهر (اعتدت بقيته وشهرين بالأهلة) كاملين كانا أو ناقصين ، (ومن) الشهر (الثالث تمام ثلاثين يوماً تكملة) ما اعتدته من (الأول) لما تقدم أن الشهر يطلق على ما بين الهلالين مطلقاً وعلى ثلاثين يوماً (وحد الإياس خمسون سنة) لقول عائشة : « لن ترى في بطنها ولداً بعد خمسين سنة » .

(واختار الشيخ : لا حد لأكثر سنه) أي الإياس ، وذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب : « أن هنداً بنت أبي عبيد اللهِ بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن حسين بن حسن بن عليّ بن أبي طالب ، ولها ستون سنة » ، وقال : « يقال : أنها لن تلد بعد خمسين سنة إلا عربيةٌ ولا تلد بعد ذلك الستين إلا قرشيّة » ، (وإن حاضت الصغيرة في عدتها ولو قبل انقضائها بلحظة ابتدائها) أي العدة (بالقروء) لأن الشهور بدل عنها فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء ، (وَإن كان) حيض الصغيرة (بعد انقضائها) أي العدة (بالشهور ، ولو) كانت البعدية (بلحظة لم يلزمها استئنافها) أي العدة بالقروء ، لأنه حدث بعد انقضاء العدة أشبه ما لو حدث بعد طول الفصل ، (وإن يئست ذات القروء في عدتها ابتدأت عدة آيسة) أي ابتدأت بثلاثة أشهر ، لأن العدة لا تلفق من جنسين ، وقد تعذر الحيض فتنتقل إلى الأشهر ، لأنها عجزت عن الأصل وكالتيمم ، (فإن بان بها حمل من الزوج سقط حكم ما مضى وتبين أن ما رأته من الدم لم يكن حيضاً) لأن الحامل لا تحيض وتعتد بوضع الحمل ، (وإن عتقت الأمة الرجعية في عدتها بنت على عدة حرة) لأن الحرية وجدت وهي زوجة ، فوجب أن تعتد عدة الحرة ، كما لو عتقت قبل الطلاق ، (وإن كانت) الأمة (بائناً) وعتقت (وبنت على عدة أمة) لأن الحرية لم توجد وهي زوجة ، فوجب أن تبنى على عدة أمة كما لو انقضت العدة ، (وإن عتقت) الأمة (تحت عد ، فاختارت نفسها اعتدت عدة حرة) لأنها بانت من زوجها وهي حرة ، وروى الحسن أن النبي ﷺ « أمرَ بَرِيرَةَ بذَلِكَ » ، وإن طلقها رجعياً فأعتقها سيدها بنت على عدة حرة ، سواء فسخت أو أقامت على النكاح .

★ ★ ★

(فصل في الخامسة من المعتدات)(١)

الخامسة من المعتدات (من ارتفع حيضها ولو بعد حيضة أو حيضتين لا تدري ما رفعه) أي سببه (اعتدت سنة) منذ انقطع بعد الطلاق ، فإن كان انقطاعه قبل الطلاق فمنه (تسعة أشهر للحمل) لأنها غالب مدته لتعلم براءتها من الحمل ، (وثلاثة للعدة) رواه الشافعي بإسناد جيد من حديث سعيد بن المسيب عن عمر . قال الشافعي : « هذا قضاءُ عُمَرَ بينَ المُهَاجِرين والأنصار لا يُنْكِرُهُ مُنْكِرٌ عَلِمْنَاهُ » ، ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها ، وهذا تحصل به براءة الرحم فاكتفي به ، وإنما اعتبرنا مضي سنة من الانقطاع ولو بعد حيضة أو حيضتين (لأنها لا تبنى عدة على عدة أخرى ، وإن كانت) من ارتفع حيضها ولم تدر ما رفعه (أمة فبأحد عشر شهراً) تسعة للحمل وشهران للعدة (فإن عاد الحيض إلى الحرة أو الأمة قبل انقضاء عدتها ولو في آخرها) أي آخر العدة (لزمها الانتقال إليه) لأنه الأصل ، (وإن عاد) الحيض (بعد مضيها) أي العدة ، (ولو قبل نكاحها لم تنتقل) إلى الاعتداد بالحيض ، كما لو عاد بعد النكاح ، (فإن عاد عادت المرأة أن يتباعد ما بين حيضتيها لم تنقض عدتها إلا بثلاث حيض ، وإن طالت) لأنها من ذوات الأقراء ، (وعدة الجارية التي أدركت ولم تحض) ثلاثة أشهر ، لقوله تعالى : ﴿ واللائي يئِسنَ مِنَ المحِيضِ ﴾ (٢) الآية ، ولأن الاعتبار بحال إعادتها ولا تمييز لها ثلاثة أشهر ، (و) عدة (المستحاضة المبتدأة ثلاثة أشهر) إن كانت حرة ، (والأمة شهران) لأن النبي ﷺ أمر حمنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة، فجعل لها حيضة من كل شهر بدليل أنها تترك الصلاة ونحوها ، (وإن كانت) لها (عادة أو تمييز عملت به) كما تعمل به في الصلاة والصوم ، (فإن كانت عادتها سبعة أيام من أول كل شهر فمضى لها شهران بالهلال وسبعة أيام من أول) الشهر (الثالث فقد انقضت عدتها) لمضي ثلاث حيض بحسب عادتها ، (وإن علمت) المستحاضة (أن لها حيضة في كل شهر أو) كل (شهرين ونحوه ونسيت وقتها) أي وقت الحيضة (فعدتها ثلاثة أمثال ذلك) الوقت التي لها فيه الحيضة ، لتحقق مضي ثلاث حيضات بحسب العادة ، (وإن عرفت ما رفعه) أي الحيض (من مرض أو رضاع أو نفاس لا تزال) إذا طلقت ونحوه (في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به) لما روى الشافعي عن سعيد بن سالم عن أبي جريح عن عبد الله بن أبي بكر أنه أخبره : « أنَّ حبّانَ بن مُنقذٍ

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ . (١) سورة الطلاق ، الآية : ٤ .

طلّقَ امرأتَهُ ، وهُوَ صحيحٌ وهيَ مُرْضِعَةٌ فمكثَتْ سبْعَةَ أشْهُرٍ لا تحيضُ يمنعُهَا الرضاعُ ثُمَّ مرضَ حبّانُ فقيلَ له : إنْ متَّ وَرِثَتْكَ ، فجاءَ إلى عُثْمَانَ وأخبرَهُ بشأنِ امرأتِه وعِنْدَهُ عليٌّ وزَيْدٌ فقَالَ لهمَا عثمانُ : مَا تَرَيَانِ ؟ فقالا : نَرَى أنها تَرِثُهُ إنْ ماتَ ويرِثُها إن ماتتْ فإنهَا لَيْسَتْ مِنَ القَوَاعِدِ اللائِي يئِسْنَ مِنَ المحيضِ ، وليستْ مِنَ اللائي لمْ يحضْنَ ، ثمَّ هيَ عَلَى عِدَّةِ حيضِها ما كانَ من قليلٍ وكثيرٍ فرجعَ حبّانُ إلى أهلِه فانتزَعَ البِنْتَ منهَا فَلَمَّا فَقَدَتِ الرضَاعَ حاضَتْ حيضةً ثُمَّ أخرى ، ثمَّ ماتَ حبّان قبل أَنْ تحيضَ الثالثةَ فاعتَدَّتْ عِدَّةَ الوفاةِ وورِثَتْهُ » ، ورواه البيهقي بطريق آخر وليس فيه ذكر زيد ، (أو) حتى (تبلغ سن الآيسة فتعتد عدتها) لأنها آيسة أشبهت سائر الآيسات ، (وعنه تنتظر زواله) أي الدافع للحيض من مرض ونحوه ، (ثم إن حاضت اعتدت به وإلا اعتدت بسنة) وهو ظاهر عيون المسائل والكافي .

★ ★ ★

(فصل في السادسة من المعتدات)[1]

السادسة من المعتدات : (امرأة المفقود) حرة كانت أو أمة (الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك كالذي يفقد بين أهله) ليلاً أو نهاراً ، (أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع، فلا يظهر له خبر أو يفقد في مفازة) مهلكة كدرب الحجاز ، (أو) يفقد (بين الصفين إذا قتل قوم أو من غرق مركبه ونحو ذلك فإنها) أي زوجته (تتربص أربع سنين ولو كانت أمة ثم تعتد للوفاة) حرة (أربعة أشهر وعشراً والأمة شهران وخمسة أيام) قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله تذهب إلى حديث عمر : « وهو أن رجلاً فقد، فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال : تربصي أربع سنين ففعلت ، ثم أتته فقال : تربصي أربعة أشهر وعشراً ففعلت ، ثم أتته فقال : أين وليُّ هذا الرجل ؟ فجاؤوا به فقال : طلِّقْها ففعل ، فقال عمر : تزوجي مَنْ شئْت » رواه الأثرم والجوزجاني والدارقطني . قال أحمد : « هو أحسنها ، يروى عن عمر ثمانية وجوه ثم قال : زعموا أنَّ عُمَرَ رَجعَ عَنْ هذا هؤُلاء الكذَّابونَ وقالَ : مَن تَرَكَ هذا أيُّ شيء يَقُولُ هُوَ عن خَمْسَةٍ مِنَ الصحابةِ عُمَرَ وعُثمانَ وعليّ وابنِ عباس وابن الزُّبيرِ » ؟

(و) قال (في التنقيح) الأمة (كحرة وهو سهو) إذ الأمة إنما تساوي الحرة في التربص فقط لا في العدة بعده ، (ولا يفتقر الأمر إلى حاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاء والفرقة) لأنها مدة تعتبر لإباحة النكاح ، فلم تفتقر إلى الحاكم كمدة من ارتفع

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

حيضها ولم تدر ما رفعه فيكون ابتداء المدة من حين انقطع خبره ، (ولا) يفتقر الأمر (إلى طلاق ولي زوجها بعد اعتدادها) وهو قول ابن عمر وابن عباس ، وهو القياس ، (فلو مضت المدة والعدة تزوجت) من غير طلاق ولي ولا حاكم ، (وإذا حكم الحاكم بالفرقة أو فرغت المدة نفذ الحكم) بالفرقة (في الظاهر) لأن عمر لما حكم بالفرقة نفذ ظاهراً ولو لم ينفذ لما كان في حكمه فائدة (دون الباطن) لأن حكم الحاكم لا يغير الشيء عن صفته في الباطن ، (فلو طلق الأول صح طلاقه لبقاء نكاحه) بدليل تخييره في أخذها لو رجع ، (وكذا لو ظاهر منها ونحوه) كما لو آلى أو قذفها ، (ولو تزوجت امرأته) أي المفقود (قبل) مضي (الزمان المعتبر) للتربص والعدة ، (ثم تبين أنه كان ميتاً أو أنه كان طلقها قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة لم يصح النكاح) لأنها ممنوعة منه أشبهت المزوجة ، (وإذا تربصت) الأربع سنين (واعتدت) للوفاة ، (ثم تزوجت ثم قدم زوجها الأول قبل وطء الثاني ردت إليه) أي إلى الأول، لأنا تبينا حياته أشبه ما لو شهدت بينة بموته فكان حياً ، (ولا صداق على الثاني) لبطلان نكاحه، لأنه صادف المرأة ذات زوج ، وتعود إلى الأول بالعقد الأول ، (وإن كان) عود الأول (بعده) أي بعد دخول الثاني بها (خير الأول بين أخذها) منه فتكون امرأته (بالعقد الأول ولو لم يطلق الثاني نصاً) لأن نكاحه كان باطلاً في الباطن ، (ويطأ) الأول (بعد عدته) أي عدة الثاني (وبين تركها مع الثاني) لقول عمر وعثمان وعليّ وقضى به ابن الزبير ، ولم يعرف لهم مخالف فكان كالإجماع ، وإذا لم يخترها الأول كانت مع الثاني (من غير تجديد عقد) في الأشهر ، قاله في الرعاية ، لأن الصحابة لم ينقل عنهم تجديد عقد ، (واختار الموفق التجديد ، انتهى) وهو القياس . قال المنقح : قلت: الأصح بعقد . انتهى . لأنا تبينا بطلان عقده بمجيء الأول ، ويحتمله قول الصحابة . انتهى . وعلى ذلك فيحتاج إلى طلاق الأول كما في الرعاية ثم إلى انقضاء العدة ثم يجدد العقد ، (ويأخذ الأول) إذا تركها الثاني (قدر الصداق الذي أعطاها هو) أي الأول (من الثاني) لقضاء عثمان وعليّ ، ولأن الثاني أتلف المعوض فرجع عليه بالعوض كشهود الطلاق إذا رجعوا ، فعلى ذلك إن لم يكن دفع الصداق لم يرجع عليها بشيء ، وإلا رجع في قدر ما أقبض منه . (ويرجع الثاني على الزوجة بما أخذ منه) لأنه غرمه بسببها ، (فإن رجع الأول بعد موتها لم يرثها) لأنها زوجة الثاني ظاهراً ، (وإن رجع) الأول (بعد موت الثاني ورثته) لأنها زوجته ظاهراً ، (واعتدت ورجعت إلى الأول) لعدم المعارض له . قال الشيخ تقي الدين : هي زوجة الثاني ظاهراً وباطناً وترثه ، ذكره أصحابنا ، وهل ترث الأول ؟ قال أبو جعفر : ترثه وخالفه غيره ، ومتى ظهر الأول

فالفرقة ونكاح الثاني موقوفان ، فإن أخذها بطل نكاح الثاني حينئذ ، وإن أمضى ثبت نكاح الثاني . انتهى . قلت : وهذا مبني على الأول ، وأما على ما اختاره الموفق من تجديد العقد إذا تركها الأول ، فلا ينبغي أن ترث من الثاني ولا أن يرث منها لبطلان نكاحه بظهور حياة الأول .

(وأما من) أي المفقود الذي (انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كسفر تاجر في غير مهلكة وإباق العبد ، و) السفر لـ (طلب العلم والسياحة والأسر) عند من ليس عادته القتل ، (وسفر الفرجة ونحوه ، فإن امرأته تتربص تمام تسعين سنة من يوم ولد) لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر منها ، فإن فقد ابن تسعين اجتهد الحاكم ، ذكره في الترغيب ، نقله عنه في المبدع ، (ثم تعتد عدة الوفاة) لأنه قد حكم بموته ، (ثم تحل) للأزواج (وتقدم في باب ميراث المفقود ، وإن كانت غيبته) أي الزوج (غير منقطعة) بأن كانت بحيث (يعرف خبره ويأتي كتابه فليس لامرأته أن تتزوج إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله فلها الفسخ) بإذن الحاكم لتعذر الإنفاق عليها بالاستدانة وغيرها كما يأتي في النفقات ، فإن كان الزوج رقيقاً فنفقة زوجته على سيده فيعتبر تعذر الإنفاق عنه ، و(لا) تفسخ (بتعذر الوطء إذا لم يقصد بغيبته الإضرار بتركه ، فإن قصده فلها الفسخ به إذا كان سفره أكثر من أربعة أشهر) . قلت : مقتضى ما سبق إذا غاب فوق نصف سنة في غير غزو أو حج واجبين ، أو طلب رزق يحتاجه ، وطلبت قدومه ولم يقدم ، فلها الفسخ ، وإن لم يقصد المضارة ، وأما قصد المضارة فتفسخ إذا مضت الأربعة أشهر وطلبت الفيئة وأبى على ما تقدم في الإيلاء . (ومن ظهر موته باستفاضة، كأن تظاهرت الأخبار بموته ، أو) شهدت به (بينة فاعتدت زوجته للوفاة أبيح لها أن تتزوج) للحكم بموته ، (فإن عاد زوجها بعد ذلك فكمفقود) إن كان قبل الدخول ردت إلى الأول ، وإن كان بعده فإنه (يخير زوجها) الأول (بين أخذها) من الثاني ، (و) بين (تركها) للثاني ، (وله الصداق) الذي أعطاها هو يأخذه من الثاني ويرجع به الثاني عليها ، (وله) أي للزوج القادم أي (تضمين البينة) التي شهدت بموته (ما تلف من ماله) لتسببها في إتلافه ، (وإن اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمره ، فلها النفقة من ماله ما دام حياً) لقيام موجبها ، وهو الزوجية ، (فإن تبين أنه كان (مات أو فارقها رجع) بالبناء للمفعول ، أي رجع الورثة فيما إذا مات أو رجع هو فيما إذا فارق (عليها بما بعد ذلك من النفقة) لانقطاع الزوجية ، (وإن ضرب لها) أي لامرأة المفقود (حاكم مدة للتربص فلها فيها النفقة) لأنه لم يحكم بموته بعد ، و(لا) نفقة لها (في العدة) لأنه حكم بموته بعد مدة التربص ، فصارت معتدة للوفاة . والوجه الثاني لها

النفقة ، قاله القاضي ، وهو نص أحمد ، لأن النفقة لا تسقط إلا بيقين الموت، ولم يوجد ههنا ، وكذا ذكر صاحب المغني والشرح وزاد : أن نفقتها لا تسقط بعد العدة أيضاً، لأنها باقية على نكاحه ما لم تتزوج أو يفرق الحاكم بينهما ، (وإن تزوجت) امرأة المفقود سقطت نفقتها (أو فرق الحاكم بينهما سقطت) النفقة لانقطاع الزوجية ظاهراً ، (فإن قدم الزوج بعد ذلك وردت إليه عادت نفقتها من حين الرد) كالناشز إذا عادت للطاعة ، (وإذا تزوج امرأة لها ولد من غيره ، وليس للولد ولد ولا ولد ابن ، ولا أب ، ولا جد وهي غير آيسة فمات) ولدها (اعتزلها الزوج وجوباً حتى تحيض) حيضة نصاً ، (أو يتبين حملها) . روي عن عليّ وابنه الحسن ونحوه عن عمر والحسين ابن عليّ والصعب بن جثامة ، (لأن حملها يرثه) أي يرث ولدها لأنه أخوه لأمه ، وليس من يحجبه ، (فإن لم يفعل) أي الزوج بأن لم يعتزلها (وأتت بولد قبل ستة أشهر) وعاش (ورث) من ولد أمه لأنا تبينا أنه كان موجوداً حين موته ، (وإن أتت به بعدها) أي بعد ستة أشهر (من حين وطئها) الزوج (بعد موت الولد لم يرث) الحمل لاحتمال حدوثه بالوطء ، (ومن طلقها زوجها) وهو غائب ، (أو مات عنها) زوجها (وهو غائب عنها فعدتها من يوم مات أو طلق) روى عن ابن عمر ، وابن عباس وابن مسعود رواه عنهم البيهقي كما لو كان حاضراً ، ولأن القصد غير معتبر في العدة بدليل الصغيرة والمجنونة ، وكما لو كانت حاملاً فوضعت غير عالمة بفرقته ، (وإن لم يجتنب ما تجتنبه المعتدة) لأن الإحداد الواجب ليس بشرط في العدة لظاهر النصوص ، (وإن أقر الزوج أنه طلقها من مدة تزيد عل العدة إن كان فاسقاً أو مجهول الحال لم يقبل قوله في انقضاء العدة التي فيها حق الله) قاله في الاختيارات ، (وإن كان عدلاً غير متهم مثل أن كان غائباً فلما حضر أخبرها أنه طلق من كذا وكذا) قبل قوله لعدم التهمة. قال في الاختيارات : أنه المشهور عن أحمد ، (فتعتد من حين الطلاق كما لو قامت به بينة وعدة موطوءة بشبهة) كمطلقة ، ذكره في الانتصار إجماعاً ، لأن الوطء في ذلك من شغل الرحم ، ولحوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح ، (أو) أي وعدة موطوءة (بزنا كمطلقة) لأنه وطء يقتضي شغل الرحم كوطء الشبهة ، ولأنه لو لم تجب العدة لاختلط ماء الواطيء والزوج ، فلم يعلم لمن الولد منهما ، (إلا أمة غير مزوجة فـ) تستبرأ (بحيضة) لأن المقصود العلم ببراءة الرحم من الحمل ، وذلك حاصل بالحيضة كما لو أراد سيدها بيعها بعد وطئها ، (وإن وطئت زوجة) بشبهة أو زنا ، (أو) وطئت (سريته بشبهة أو زنا حرمت) أي يحرم وطؤها (حتى تعتد الزوجة) حرة كانت أو أمة (وتستبرأ السرية) خشية اشتباه الأنساب واختلاط المياه ، (وله) أي

الزوج أو السيد (الاستمتاع منهما) أي من الزوجة والسرية (بما دون الفرج) كقبلة ولمس لشهوة ، لأن التحريم لعارض كالحيض .

★ ★ ★

(فصل في وطء المعتدة بشبهة)(١)

وإن وطئت معتدة بشبهة أو نكاح فاسد فرق بينهما ، لأن العقد الفاسد وجوده كعدمه (وأتمت عدة الأول) لأن سببها سابق على الوطء المذكور ، (ولا يحتسب منها) أي العدة (مدة مقامها) أي الموطوءة (عند الواطيء الثاني) بعد الوطء بل ابتداؤها من التفرق بينهما ، (وله) أي المطلق (رجعة رجعية في مدة تتمة عدته) كما لو لم توطأ في الرجعة ، (ثم استأنفت العدة من الواطيء) لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان كالديتين ، (وإن كانت بائناً فأصابها المطلق) في عدتها (عمداً فكذلك) أي تتم العدة الأولى ثم تعتد من الوطء ، لأنه وطء محرم لا يلحق فيه النسب ، ولأن العدة الأولى عدة طلاق والثانية عدة زنا ، فلم تدخل إحداهما في الأخرى لاختلاف سببهما كالكفارات (وإن أصابها) مبينها في عدتها (بشبهة استأنفت العدة للوطء) لأن الوطء قطع العدة الأولى وهو موجب للاعتداد للاحتياج إلى العلم ببراءة الرحم من الحمل (ودخلت فيها بقية) العدة (الأولى) لأن الوطء بشبهة يلحق فيه النسب فدخلت بقية الأولى في العدة الثانية ، (وإن وطئت امرأة) مزوجة (بشبهة ثم طلقها زوجها رجعياً اعتدت له) أي للطلاق (أولاً) لقوته ، (ثم اعتدت للشبهة) ولا تتداخل العدة مع اختلاف الواطئين كما تقدم ، (وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد قياس المذهب تحريمها على الواطيء وغيره في العدة ، قاله الشارح . وقال الموفق : والأولى حل على ناكحها لمن هي معتدة منه إن كان يلحقه نسب ولدها) كالموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد ، لأن العدة لحفظ مائة وصيانة نسبه ، ولا يصان ماؤه المحترم من مائه المحترم ، ولا يحفظ نسبه عنه كالمطلقة البائن ، (وإلا) أي وإن لم يلحقه نسب ولدها كالمزني بها ، (فلا) تحل له في عدتها ، (وتقدم في المحرمات في النكاح) تحل له المعتدة منه إذا كان يلحقه نسب ولدها منه (إن لم يلزمها عدة من غيره) فإن لزمتها عدة من غيره ، فلا حتى تنقضي ، (وإن تزوجت) المرأة (في عدتها فنكاحها باطل) لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ (٢) ، ولأن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب ، (ويجب أن

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ . (٢) سورة البقرة ، الآية: ٢٣٥ .

يفرق بينهما) لأنهما أجنبيان ، (وتسقط نفقة الرجعية وسكناها عن الزوج الأول لنشوزها ولم تنقطع عدتها حتى يطأ الثاني) لأن العقد باطل ، لا تصير به المرأة فراشاً ، وسواء علم بالتحريم أو جهله ، فإذا دخل بها انقطعت العدة ، لأنها حينئذ صارت فراشاً له ، (ثم إذا فارقها بنت على عدتها من الأول) لأن حقه أسبق ، ولأن عدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح ، (واستأنفت العدة) بعد ذلك (من الثاني) ، « ولا تتداخل العدة » رواه مالك والشافعي والبيهقي بإسناد جيد عن عمر وعليّ ، ولا نعرف لهما مخالفاً في الصحابة ، قاله في المبدع ، ولأنهما حقان مقصودان لآدميين كالديتين ، (وإن أتت بولد من أحدهما عيناً انقضت عدتها به) أي بوضعه (منه) أي ممن لحق به الولد ، (ثم اعتدت للآخر) بثلاثة أقراء ويكون الولد للأول عيناً إذا ولدته لدون ستة أشهر وعاش من وطء الثاني ، ويكون للثاني عيناً إذا ولدته لفوق ستة أشهر من وطئه ولفوق أربع سنين من إبانة الأول لها ، (وإن أمكن أن يكون) الولد (منهما) بأن أتت به لفوق ستة أشهر من وطء الثاني ولدون أربع سنين من بينونة الأول (أرى) الولد (القافة معهما) أي مع الواطئين (فألحق) الولد (بمن ألحقوه به منهما) لأن قولها في ذلك حجة ، (وانقضت عدتها به) لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من إنسان والعدة من غيره ، (وإن ألحقته) القافة (بهما) أي الواطئين (لحق بهما وانقضت عدتها به منهما) لأن الولد محكوم به لهما ، فتكون قد وضعت حملها منهما ، (وإن نفته) القافة (عنهما) أي الواطئين (أو أشكل عليها أو لم يوجد قافة ونحوه) كما لو اختلف قائفان اعتدت (بعد وضعه بثلاثة قروء) لأنه إن كان من الأول فقد أتت ما عليها من عدة الثاني ، وإن كان من الثاني فعليها أن تكمل عدة الأول ليسقط الفرض بيقين ، وعلم مما سبق أنها إذا ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثاني ، ولأكثر من أربع سنين من فراق الأول ، لم يلحق بواحد منهما ولا تنقضي عدتها به منه ، لأنا نعلم أنه من وطء آخر (وللثاني أن ينكحها بعد انقضاء العدتين) وهو قول عليّ . وروى عن عمر أنه رجع إليه ، رواه البيهقي بإسناد جيد . وكما لو زنى بها ، وآيات الإباحة عامة . وقال الشافعي : له نكاحها بعد قضاء عدة الأول ، لأن العدة إنما شرعت لحفظ النسب وصيانة للماء والنسب لاحق به ، أشبه ما لو خالعها ثم نكحها في عدتها . قال في المغني : وهذا قول حسن موافق للنظر .

(فإن وطيء رجلان امرأة بشبهة أو زنا فعليها عدتان لهما) لقول عمر وعليّ ، ولأنهما حقان مقصودان لآدميين ، فلا يتداخلان كالدينين ، واختار ابن حمدان إذا زنيا بها تكفيها عدة ، وجزم بمعناه في المنتهى . قال في التنقيح : هو أظهر . قال في شرح

المنتهى : في الأصح ، لعدم لحوق النسب فيه فيبقى القصد للعلم ببراءة الرحم ، وعلى هذا عدتها من آخر وطء والأول قدمه في المبدع والتنقيح ، وهو مقتضى المقنع ، (وإذا تزوج معتدة) من غيره ، (وهما) أي العاقد والمعقود عليها (عالمان بالعدة) قلت : ولم تكن من زنا ، (و) عالمان (بتحريم النكاح فيها) أي العدة (ووطئها فيها) أي العدة (فهما زانيان عليهما حد الزنا ولا مهر لها) لأنها زانية مطاوعة ولا نظر لشبهة العقد ، لأنه باطل مجمع على بطلانه ، فلا أثر له بخلاف المعتدة من زنا ، فإن نكاحها فاسد والوطء فيه حكمه حكم وطء الشبهة ، للاختلاف في وجوبها ، ومحل سقوط مهرها (إن لم تكن أمة) فإن كانت أمة لم يسقط ، لأنه لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها ، (ولا يلحقه النسب) لأنه من زنا ، (وإن كانا) أي الناكح والمنكوحة (جاهلين بالعدة، أو) جاهلي (التحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر) لأنه وطء شبهة ، (وإن علم هو دونها فعليه الحد) للزنا ، (و) عليه (المهر) بما نال من فرجها ، لأنها زانية مطاوعة ، (وإن علمت هي دونه فعليها الحد ولا مهر لها) إن كانت حرة ، لأنها زانية مطاوعة ، (ويلحقه النسب) لأنه وطء شبهة .

★ ★ ★



وإن طلقها الزوج (واحدة) رجعية (فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ما مضى من العدة) لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة أشبها الطلقتين في وقت واحد ، (وإن راجعها ثم طلقها بعد دخوله بها أو قبله استأنفت العدة) لأنه طلاق في نكاح صحيح وطيء فيه كما لو لم يتقدمه طلاق كـ (فسخها) النكاح (بعد الرجعة بعتق) تحت عبد (أو غيره) أي غير العتق كفسخها لعنة أو إعسار ، لأن موجب الفسخ في العدة موجب الطلاق ، فكان حكمه حكمه ، وإن وطئها في عدتها حصلت به الرجعة كما تقدم ، فإذا طلقها استأنفت ، (وإن طلقها بائناً ثم نكحها في عدتها ثم طلقها قبل دخوله بنت على ما مضى) لأنه طلاق من نكاح لا دخول فيه فلا يوجب عدة كما لو لم يتقدمه نكاح .

★ ★ ★

(فصل في الإحداد)[1]

ويلزم الإحداد وهو المنع ، إذ المرأة تمنع نفسها مما كانت تتهيأ به لزوجها من تطيب وتزين ، يقال : أحدت المرأة إحداداً فهي محدة ، وحدت تحد بالضم والكسر فهي حادة،

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

وسمي الحديد حديداً للامتناع به أو لامتناعه على من يحاوله (في العدة كل متوفي عنها فقط في نكاح صحيح) لحديث أم عطية أن رسول الله ﷺ قال : « لا تَحدُّ المَرْأَةُ فَوْقَ ثلاثٍ إلا علَى زَوْجٍ فَإِنَّهَا تَحدُّ عَلَيْه أربَعَةَ أشهُرٍ وَعشراً ، ولا تَلْبسُ ثَوْباً مَصْبُوغاً إلا ثَوْب عَصْبٍ وَلا تَكْتَحِلُ وَلا تَمَسُّ طِيباً »[1] متفق عليه . والعصب بفتح العين وإسكان الصاد المهملتين نوع من البرد يصبغ غزله ثم ينسج ، قاله القاضي . وقال في الشرح الصحيح : أنه نبت يصبغ به الثياب .

(ويباح) الإحداد (لبائن) كالمطلقة ثلاثاً والمختلعة بالإجماع ، ذكره في المبدع ، لكن لا يسن ، قاله في الرعاية ولا يجب لظاهر الأحاديث ، ولأن الإحداد في عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته ، فأما البائن فإنه فارقها باختياره وقطع نكاحها فلا معنى لتكليفها الحزن عليه ، ولأن المتوفي عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه ، فاحتيط عليها بالإحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة البائن وكالرجعية ، (ويحرم الإحداد (فوق ثلاث على ميت غير زوج) للخبر ، (ولا يجب) الإحداد على متوفي عنها (في نكاح فاسد) لأنه ليس بزوج ، وفي الجامع المنصوص : يلزم الإحداد في نكاح فاسد (والمسلمة والذمية والمكلفة وغيرها فيه) أي الإحداد ، (سواء) لعموم الأدلة ، وغير المكلفة يجنبها وليها ما يجب على المكلفة تجنبه ، (وهو) أي الإحداد (اجتناب ما يدعو إلى جماعها ويرغب في النظر إليها ويحسنها من زينة) أي ما يتزين به (وطيب) للأخبار الصحيحة ، ولأنه يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة، (ولو) كان الطيب (في دهن كدهن وردو) دهن (بنفسج و) دهن (ياسمين ، و) دهن (بان ونحوه) كدهن زنبق ، لأنه طيب ، (لكن لها أن تجعل في فرجها طيباً إذا اغتسلت من الحيض ، ولا بأس بدهن غير مطيب كزيت وشيرج) بفتح الشين لقوله ﷺ في حديث أم عطية : « ولا تَمَسُّ طيباً إلا عِنْدَ أدنَى طُهْرِهَا إذَا طَهُرَتْ مِنْ حَيْضِهَا بِنَبْذَةٍ مِنْ قِسْطٍ أوْ أظْفَارٍ »[2] متفق عليه. لأنه ليس بطيب ، (و) لا بأس بـ (صبر في غير وجه وسمن ، ويحرم) على المتوفى عنها (أن تختضب) لقوله ﷺ في حديث أم سلمة: « وَلا تَخْتَضِبْ » ولأنه يدعو إلى الجماع أشبه الحل ، بل أولى ، (وإن تخمر

---

(١) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب الطلاق ، باب تلبس الحادة ثياب العصب ، وأخرجه مسلم في كتاب الطلاق ، باب وجوب الإحداد ، وقوله : إلا ثوب عصب بسكون الصاد المهملة نوع من البرود يعصب غزله ، أي تجمع ويشد ، وقوله : نُبذَة من قُسط أو اظفار . والقُسط بضم القاف : ضرب من الطيب ، وأظفار بفتح أوله : جنس من الطيب لا واحد له .

(٢) راجع ما قبله .

وجهها وأن تبيضه باسفيداج العرائس) لأنها إنما منعت منه في الوجه ، لأنه يصفره فشبه الخضاب ، (وإن تجعل عليه) أي الوجه (صبراً) بكسر الباء (بصفرة) فشبه الخضاب ، قال في الفروع : فيتوجه واليدين ، (وأن تنقش وجهها وأن تخضب وجهها وما أشبه ذلك مما يحسنها) ويدعو إلى جماعها ، (وأن تكتحل بأثمد ولو كانت سوداء) لقوله ﷺ في حديث أم عطية : « لا تَكْتَحِلُ » ولأنه أبلغ في الزينة (إلا إذا احتاجت) للإثمد (للتداوي فتكتحل) به (ليلاً وتمسحه نهاراً) قدمه في المبدع وغيره ، (ويباح) لها اكتحال (بتوتيا وعنزروت ونحوهما) لأنه لا زينة فيه (كتنظيف وتقليم أظفار ونتف إبط وحلق شعر مندوب أخذه) كعانة (واغتسال بسدر وامتشاط ودخول حمام) لأنه ليس منصوصاً عليه ولا في معنى المنصوص ، (ويحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين كالمعصفر والمزعفر والأحمر والأزرق والأخضر المصافيين والأصفر والمطرز) لقوله ﷺ : « وَلا تَلْبس ثَوْباً مَصْبُوغاً إلا ثَوْبَ عَصْب » ، وفي حديث أم سلمة : « ولا تَلْبَسْ الْمُعصفَر مِنَ الثّيَابِ وَلا لِشَقٍّ » .

(و) يحرم عليها (الحلي كله حتى الخاتم والحلقة) سواء كان من ذهب أو فضة ، لعموم النهي ، (وما صبغ غزله ثم نسج فكمصبوغ بعد نسجه) إذ لا دخل لذلك في التحسين وعدمه ، (ولا يحرم الأبيض وإن كان حسناً ، ولو) كان الأبيض (حريراً) لأن حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره . قال في المبدع : وظاهره ولو كان معداً للزينة وفيه وجه ، (ولا الملون لدفع الوسخ كالكحلى والأسود الأخضر المشبع) لأن الصبغ لدفع الوسخ لا يحسنه ، لأنه ليس بزينة ، (ولا) يحرم عليها (نقاب) خلافاً للخرقي ، لأنه ليس في معنى المنصوص عليه وقياس المعتدة بالمحرمة مردود بأن المحرمة يحرم عليها لبس القفازين ، ويباح لها سائر الثياب ولا كذلك المعتدة ، (ويجوز لها) في عدة الوفاة (التزين في الفرش والبسط والستور وأثاث البيت ، لأن الإحداد في البدن لا في الفرش ونحوه) لأنه غير منصوص عليه فيها .



فصل

وتجب عدة الوفاة في المنزل الذي وجبت العدة (فيه وهو) المنزل (الذي مات فيه زوجها وهي ساكنة فيه) روى عن عمر وابنه وابن مسعود وأم سلمة وغيرهم لقوله ﷺ لفريعة : « اسكُنِي فِي بَيْتِكِ حتّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أجَلَهُ فَاعْتَدَّتْ أرْبَعَةَ أشْهُرٍ وعَشْراً فَلَمّا

كَانَ عُثْمَانُ أَرْسَلَ إِلَيَّ فَسَأَلَنِي عَنْ ذَلِكَ فَأَخْبَرْتُهُ فَاتَّبَعَهُ وَقَضَى بِهِ » [1] رواه مالك وأحمد وأبو داود وصححه الترمذي. (سواء كان) المنزل (لزوجها أو) كان (بإجارة أو عارية إذا تطوع الورثة بإسكانها فيه ، أو) تطوع به (السلطان ، أو) تطوع به (أجنبي) لعموم ما سق ، (وإن انتقلت) المعتدة (إلى غيره) أي غير المنزل الذي وجبت فيه العدة (لزمها العود إليه) لتقضي عدتها به لما تقدم (إلا أن تدعو الضرورة إلى خروجها منه بأن يحولها مالك) المنزل منه (أو تخشى على نفسها من هدم أو غرق أو عدو أو غير ذلك كخروجها لحق) عليها ، (أو) لكونها (لا تجد ما تكتري به) فتنتقل، لأنها حالة عذر ، (أو لا تجد) ما تكتري به (إلا من مالها) لأن الواجب عليها السكنى لا تحصيل المسكن ، (وفي المغني وغيره أو يطلب منها فوق أجرته فتسقط السكنى وتسكن حيث شاءت) لأن الواجب سقط بخلاف نقل الزكاة ، لأن القصد نفع الأقرب ولو اتفق الوارث والمرأة على نقلها لم يجز ، لأن السكنى هنا حق لله تعالى بخلاف سكنى النكاح (ولا سكنى لها) أي المتوفي عنها ، (ولا نفقة في مال الميت ولا على الورثة إذا لم تكن حاملاً (لأن ذلك يجب للتمكين والاستمتاع ، وقد فات ويأتي في النفقات ، (ولهم) أي الورثة (إخراجها لأذاها) لهم بالسب أو غيره وطول لسانها ، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، (ولا تخرج) المعتدة من مسكن وجبت فيه (ليلاً ولو لحاجة) لما روى مجاهد أن النبي ﷺ قال : « تَحَدَّثْنَ عِنْدَ إِحْدَاكُنَّ حَتَّى إِذَا أَرَدْتُنَّ النَّوْمَ فَلْتَأْتِ كُلُّ وَاحِدَةٍ إِلَى بَيْتِهَا » ، ولأن الليل مظنة الفساد ، (بل) تخرج ليلاً (لضرورة) كانهدام المنزل ،

---

(1) الحدث أخرجه مالك في الموطأ : ٢/ ٥٩١ ، كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفي عنها زوجها ، الحديث (٨٧) ، وأخرجه الشافعي في الرسالة (ص٤٣٨ - ٤٣٩) ، المسألة (١٢١٤) من طريق مالك، وأخرجه أبو داود الطيالسي في المسند (ص٢٣١) ، الحديث (١٦٦٤) ، وأخرجه أحمد في المسند : ٦/ ٣٧٠ ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب الطلاق ، باب خروج المتوفي عنها زوجها من طريق مالك ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الطلاق ، باب في المتوفي عنها تنتقل ، الحديث (٢٣٠٠) من طريق مالك ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/ ٥٠٨ - ٥٠٩ ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء أين تعتد .... ، الحديث (١٢٠٤) من طريق مالك أيضاً ، وقال : « حديث حسن صحيح»، وأخرجه النسائي في المجتبي من السنن : ٦/ ١٩٩ - ٢٠٠ ، كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفي عنها زوجها ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ١/ ٦٥٤ - ٦٥٥ ، كتاب الطلاق ، باب أين تعتد المتوفي عنها زوجها ، الحديث (٢٠٣١) ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٣٢٣ - ٣٢٤) ، كتاب الطلاق ، باب العدد ، الحديث (١٣٣٢) من طرق مالك ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٢/ ٢٠٨ ، كتاب الطلاق ، باب عدة المتوفي عنها زوجها ... ، وقال : « صحيح الإسناد» ، ووافقه الذهبي .

(ولها) أي المعتدة (الخروج نهاراً لحوائجها) من بيع وشراء ونحوهما (فقط) فلا تخرج لغير حاجة وتخرج لحاجتها ، (ولو وجدت من يقضيها لها) لا لحوائج غيرها ، (وليس لها المبيت في غير بيتها) لخبر مجاهد ، (فلو تركت الاعتداد) وفي نسخ الإحداد (في المنزل أو لم تحد عصت) لمخالفته الأوامر ، (وتمت العدة بمضي الزمان) كيف كانت كالصغيرة ، (والأمة كالحرة في الإحداد والاعتداد في منزلها) لعموم الخبر (إلا أن سكناها في العدة كسكناها في حياة زوجها وللسيد إمساكها نهاراً) للخدمة (ويرسلها ليلاً) لتبيت بمسكن الزوج ، (فإن أرسلها ليلاً ونهاراً اعتدت زمانها كله في المنزل) الذي مات زوجها به لإسقاط السيد حقه فزال المعارض ، (والبدوية كالحضرية) في لزوم الموضع الذي مات زوجها وهي به ، (فإن انتقلت الحلة انتقلت معهم) للضرورة، (وإن انتقل غير أهل المرأة لزمها المقام مع أهلها) لعدم الحاجة إلى انتقالها ، (وإن انتقل أهلها انتقلت معهم) للحاجة (إلا أن يبقي من الحلة ما لا تخاف على نفسها معهم فتخير بين الإقامة) لتعتد بمحل زوجها ، (و) بين (الرحيل) معهم ، (وإن هرب أهلها فخافت) على نفسها (هربت معهم) للحاجة ، (فإن أمنت أقامت لقضاء العدة في منزلها) لعدم الحاجة إلى الانتقال ، (وإن مات صاحب السفينة وامرأته فيها) أي السفينة ، (ولها مسكن في البر فكمسافرة في البر) على ما يأتي تفصيله ، (وإن لم يكن لها مسكن سواها) أي السفينة ، (وكان لها فيها بيت يمكنها المسكن فيه، بحيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنها المقام فيه) أي في مسكنها بالسفينة ، (بحيث تأمن على نفسها ومعها محرمها لزمها أن تعتد) لأنه كالمنزل الذي مات زوجها وهي به ، (وإن كانت) السفينة (ضيقة وليس معها محرم أو لا يمكنها الإقامة فيها إلا بحيث تختلط مع الرجال لزمها الانتقال عنها إلى غيرها) لتعذر الإقامة بها عليها ، (وإذا أذن للمرأة زوجها في النقلة من بلد إلى بلد ، أو) في النقلة (من دار إلى دار فمات) الزوج (قبل خروجها من الدار أو البلد قبل نقل متاعها من الدار أو بعده لزمها الاعتداد في الدار) لأنها مقيمة بعد والاعتداد في منزل الزوج واجب ، (وإن مات) الزوج (بعد انتقالها إلى) الدار (الثانية اعتدت فيها) لأنها منزلها التي مات زوجها وهي فيها ، (وكذلك إن مات) الزوج (بعد وصولها إلى البلد الآخر) فإنها تعتد بها ، لأنها محل إقامتها .

(وإن مات) الزوج (وهي بين الدارين أو البلدين خيرت بينهما) لتساويهما ، ولأن في وجوب الرجوع مشقة ، (وإن سافر) الزوج (بها) أي بزوجته (لغير النقلة فمات) الزوج (في الطريق قريباً وهي دون مسافة القصر لزمها العود) لأنها في حكم الإقامة ، (وإن كان) بعدها (فوقها) أي فوق مسافة القصر (خيرت بين البلدين) لتساويهما

وكل موضع يلزمها السفر فهو مشروط بوجود محرم يسافر معها للخبر ، (وإذا مضت) المعتدة (إلى مقصدها فلها الإقامة حتى تقضي ما خرجت إليه وتقضي حاجتها من تجارة أو غيرها) دفعاً للحرج والمشقة ، (وإن كان خروجها لنزهة أو زيارة ولم يكن) الزوج قبل موته (قدر لها مدة أقامت ثلاثاً) أي ثلاث ليال بأيامها ، لأنها مدة الضيافة ، (وإن كان) قبل موته (قدر لها مدة فلها إقامتها) استصحاباً للإذن ، (فإذا مضت مدتها) التي قدرها لها أو الثلاث إذا لم يكن قدر لها مدة (أو قضت حاجتها) إذا كان السفر لحاجة ، (ولم يمكنها الرجوع لخوف أو غيره) كعدم محرم إذا كانت مسافة قصر (أتمت العدة في مكانها) للعذر ، (وإن أمكنها الرجوع لكن لا يمكنها الرجوع إلى منزلها حتى تنقضي) العدة لكون السفر يستوعب ما بقي منها (لزمتها الإقامة في مكانها) حتى تنقضي عدتها ، (وإن كانت تصل) إلى منزلها ، (وقد بقي منها) أي العدة (شيء لزمها العود لتأتي به في مكانها ، وإن أذن لها) زوجها (في الحج أو كانت) حجتها (حجة الإسلام فأحرمت به ، ثم مات فخشيت فوات الحج) إن قعدت (مضت في سفرها) لأنهما عبادتان استوتا في الوجوب وضيق الوقت ، فوجب تقديم الأسبق منهما كما لو سبقت العدة ، ولأن الحج آكد ، لأنه أحد أركان الإسلام والمشقة بتفويته تعظم ، فوجب تقديمه ، (وإن لم تخش) فوات الحج (وهي في بلدها أو قريبة) منها أي دون مسافة القصر ، و(يمكنها العود أقامت لتقضي العدة في منزلها) لأنه أمكنها الجمع بين الحقين من غير ضرر بالرجوع فلم يجز إسقاط أحدهما ، ولأنها في حكم المقيمة ، (وإلا) أي وإن لم تكن في بلدها ولا قريبة منه ، أو لم يمكنها العود (مضت في سفرها) لأن في الرجوع عليها حرجاً ومشقة ، وهو منتف شرعاً ، (ولو كان عليها حجة الإسلام فمات) زوجها (لزمتها العدة في منزلها ، وإن فاتها الحج) لأن العدة في المنزل فوت ولا بدل لها ، والحج يمكن الإتيان به بعدها ، (وإن أحرمت قبل موته أو بعده ، وأمكن الجمع بينهما بأن تأتي بالعدة في منزلها وتحج لزمها العود ولو تباعدت) لأنه أمكنها الجمع بين الواجبين من غير ضرر ، وقيده في شرح المنتهى بما إذا كان قبل مسافة القصر ، لكن ما ذكره المصنف ظاهر المنتهى وغيره .

(وإن لم يمكن) الجمع (قدمت مع البعد الحج) لأنه وجب بالإحرام وفي منعها من تمام سفرها ضرر عليها بتضييع الزمان والنفقة ومنع أداء الواجب ، فلا يجب الرجوع لذلك ، (ومع القرب) بأن كانت دون مسافة قصر قدمت (العدة) لأنها في حكم المقيمة (كما لو لم تكن أحرمت) وتتحلل بفوت الحج بعمرة وحكمها في القضاء حكم من فاته الحج ، وإن لم يمكنها السفر فهي كالمحصر ، ذكره في الشرح ، (ومتى كان

عليها في الرجوع خوف أو ضرر فلها المضي في سفرها كالبعيدة) للحرج ، (ومتى رجعت وبقي عليها شيء منها) أي العدة (أتت به في منزل زوجها) لأنه الواجب ، وقد زال المزاحم .

★ ★ ★

(فصل في مكان عدة البائن)[1]

وتعتد بائن حيث شاءت من بلدها في مكان مأمون ، ولا يجب عليها العدة في منزله لما روت فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها بشيء فسخطته ، فقالت : والله ما لك علينا من شيء ، فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال لها : « لَيْس لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ وَلَا سُكْنَى وأمَرَهَا أنْ تَعْتَدَّ عِنْدَ أُمِّ شَرِيك ، ثُم قَالَ: تِلْكَ امرَأةٌ يَغْشَاهَا أصْحَابِي ، اعْتَدِّي فِي بَيْتِ ابن أم مكتوم »[2] متفق عليه . وإنكار عمر وعائشة ذلك يجاب عنه ، والمستحب إقرارها بمسكنها ، لقوله تعالى : ﴿ لا تُخرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ﴾[3] الآية ، (ولا تسافر) قبل انقضاء عدتها لما فيه من التبرج والتعرض للريبة ، (ولا تبيت إلا في منزلها) أي المكان المأمون الذي شاءته (وجوباً) لما تقدم ، (فلو كانت دار المطلق متسعة لهما ، وأمكنها السكنى في موضع منفرد كالحجرة وعلو الدار وبينهما باب يغلق وسكن الزوج في الباقي جاز) لأنه لا محذور فيه (كما لو كانتا حجرتين متجاورتين ، وإن لم يكن بينهما باب مغلق ، ولها موضع تستتر فيه بحيث لا يراها) مبينها ، (ومعها محرم تتحفظ به جاز أيضاً) فإن لم يكن معها محرم لم يجز إذن .

(ولو غاب من لزمته السكنى لها) أي لزوجته أو مطلقته الرجعية أو البائن الحامل ونحوها ، (أو منعها منها) أي من السكنى الواجبة عليه (اكتراه الحاكم من ماله) إن وجد له مالاً (أو اقترض عليه) ما تسكن به إن لم يجد له مالاً ، لقيامه مقام الغائب والممتنع ، (أو قرض) الحاكم (أجرته) أي أجرة ما وجب على الغائب من المسكن لتأخذ منه إذا حضر نظير ما فرضه ، (وإن اكترته) أي اكترت من وجبت لها السكنى مسكناً (بإذنه) أي إذن من وجبت عليه ، (أو) بـ (إذن حاكم أو) اكترته (بدونهما للعجز عن إذنه) أي إذن أحدهما (رجعت) عليه بنظير ما اكترت به كما لو قام بذلك

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الطلاق ، باب قصة فاطمة بنت قيس ، وأخرجه مسلم في كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاثاً ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (٩٤٦) .

(٣) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

أجنبي بنية الرجوع (ومع القدرة) على استئذان الحاكم (إن نوت الرجوع رجعت) كمن قام عن غيره بواجب ، (ولو سكنت ملكها) مع غيبة من وجبت عليه السكنى أو امتناعه (فلها أجرته) لأنه يجب عليه إسكانها ، فوجبت عليه أجرته (ولو سكنته) مع حضوره وسكوته (أو اكترت مع حضوره وسكوته فلا أجرة لها) لأنه ليس بممتنع ولا غائب ولا آذن كما لو أنفق على نفسه من لزمت غيره نفقته في مثل هذه الحالة ، (وليس له الخلوة مع امرأته البائن) لأنها أجنبية منه (إلا) إذا خلا بالبائن (مع زوجته أو أمته أو محرم أحدهما) أي المبين أو المبانة كأن خلا بها مع أمه أو أمها ، (وإن أراد) المبين (إسكان البائن في منزله أو غيره مما يصلح لها تحصيناً لفراشه ولا محذور فيه لزمها ذلك) لأن الحق له فيه وضرره عليه ، فكان إلى اختياره كسائر الحقوق ، (ولو لم تلزمه نفقة كمعتدة لشبهة أو نكاح فاسد أو مستبرأة بعتق) فيلزمهن السكنى إذا طلبها الواطيء والسيد مع أنه لا يلزمهما إسكانهن ، (وحكم الرجعية في العدة حكم المتوفي عنها في لزوم المنزل) لقوله تعالى : ﴿ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ ﴾ [1] ، وسواء أذن لها الزوج في الخروج أو لم يأذن ، لأن ذلك من حقوق العدة وهي حق لله تعالى فلا يملك الزّوج إسقاط شيء من حقوقها كما لا يملك إسقاطها . انتهى .



(١) سورة الطلاق ، الآية : ١ .

باب الاستبراء

بالمد : طلب براءة الرحم كالاستعطاء طلب الإعطاء ، وخص بالأمة للعلم ببراءة رحمها من الحمل والحرة ، وإن شاركت الأمة في ذلك فهي مفارقة لها في التكرار ، فلذلك يستعمل فيها لفظ العدة ، (وهو) تربص فيه (قصد علم براءة رحم ملك يمين) من قن ومكاتبة وأم ولد ومدبرة (حدوثاً) أي عند حدوث الملك بشراء أو هبة أو إرث و وصية أو نحوها (أو زوالاً) أي عند إرادة زوال الملك ببيع أو هبة أو عتق أو زوال استمتاعه كما لو أراد تزويجها ، وقوله : (من حمل غالباً) متعلق ببراءة وعلم منه أنه قد يكون تعبداً (بأحد ما يستبرأ به) من وضع الحمل أو حيضة أو شهر أو عشرة ، وتأتي مفصلة آخر الباب ، ويجب الاستبراء في ثلاثة مواضع :

أحدها : (إذا ملك ولو طفلاً أمة ببيع أو هبة أو إرث أو سبي أو وصية أو غنيمة أو غير ذلك) بأن أخذها عوضاً في إجارة أو جعالة أو خلع أو صلح (لم يحل له وطؤها ولا الاستمتاع بها بقبلة و) لا بـ (نظر لشهوة ولا بما دون فرج بكراً كانت أو ثيباً صغيرة يوطأ مثلها أو كبيرة ممن تحمل أو ممن لا تحمل حتى يستبرئها) لحديث أبي سعيد أن النبي ﷺ قال : « لا تُوطَأ حَامِلٌ حتّى تَضعَ ، ولا غَيْرَ ذَاتِ حَمْلٍ حتّى تَحِيضَ » [1] رواه أحمد وأبو داود والبيهقي بإسناد جيد وفيه شريك القاضي . وعن رويفع بن ثابت مرفوعاً : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ واليَوْمِ الآخِرِ فَلا يَسْقِي مَاءهُ وَلَدَ غَيْرِهِ » [2] رواه أحمد والترمذي وأبو داود وإسناده حسن . قاله في المبدع . وقال أحمد : « بلغني أن العذراء تحمل » ، ولأن عدمه يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب ، (وسواء ملكها من صغير أو كبير أو رجل أو امرأة أو مجبوب ، أو) كان ملكها (من رجل قد استبرأها) قبل البيع ، (ثم لم يطأها) فليس للمشتري وطؤها حتى يستبرئها لعموم ما سبق ، ولأن الحكم منوط بالمظنة ، ولأنه يجب للملك المتجدد ، وذلك موجود في كل واحد

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٣/٦٢ ، وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب الطلاق ، باب استبراء الأمة ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب النكاح ، باب في وطء السبايا ، الحديث (٢١٥٧) وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٢/١٩٥ ، كتاب النكاح ، باب إذا تزوج العبد ... ، وقال : «صحيح على شرط مسلم » ، وسكت عنه الذهبي . وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كان فيها موقعة للنبي ﷺ .

(٢) حديث رويفع بن ثابت الأنصاري أخرجه أحمد في المسند : ٤/١٠٨ ، وأبو داود في السنن ، كتاب النكاح ، باب السبايا ، الحديث (٢١٥٨) ، واللفظ له ، والترمذي في السنن ، كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يشتري الجارية ..... ، الحديث (١١٣١) .

منها، ولأنه يجوز أن تكون حاملاً من غير البائع ، فوجب استبراؤها كالمسبية من امرأة ، (وإن اشترى غير مزوجة فأعتقها قبل استبرائها لم يصح تزوجه بها قبله) أي قبل الاستبراء ، لأن النكاح يراد للوطء وهو حرام ، ويروى أن الرشيد اشترى جارية ، فأفتاه أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها . قال الإمام أحمد : « مَا أَعْظَمَ هَذَا أَبْطَلُوا الْكِتَابَ والسُّنَّةَ ، فإن كَانَتْ حَامِلاً كَيْفَ يَصْنَعُ ؟ وهَذَا لا يَدْرِي أهِيَ حَامِلٌ أمْ لا ، مَا أَسْمَجَ هَذَا » ، (ولغيره) أي غير المشتري (نكاحها قبل الاستبراء مع الرق والعتق إن كان البائع ما وطيء أو وطيء ثم استبرأ) لأنها ليست فراشاً فلم تتوقف عل ذلك ، والفرق بين المشتري وغيره أن المشتري لا يحل له وطؤها بملك اليمين فكذا النكاح ، لأنه يتخذ حيلة لإبطال الاستبراء والحيل كلها خداع باطلة ، (ولا يجب استبراء الصغيرة التي لا يوطأ مثلها) لأن سبب الإباحة متحقق وليس على تحريمها دليل ، فإنه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص ، ولا يراد الرحم ولا يوجد الشغل في حقها ، (ولا) يجب الاستبراء (بملك أنثى من أنثى) لأن المرأة لا استبراء عليها بتجدد ملكها ، (وإن اشترى زوجته) حلت بغير استبراء ، لأنها فراشه ، (أو عجزت مكاتبته) وعادت للرق حلت بغير استبراء ، لأنه لم يزل ملكه ، (أو فك أمته من الرهن حلت بغير استبراء بلا خلاف ، (أو أسلمت أمته المجوسية والمرتدة أو الوثنية التي حاضت عنده أو كان هو المرتد وأسلم) حلت بغير استبراء ، لأنه لم يزل ملكه) ، (أو فك أمته من الرهن) حلت بغير استبراء بلا خلاف ، (أو أسلمت أمته المجوسية والمرتدة أو الوثنية التي حاضت عنده أو كان هو المرتد وأسلم) حلت بغير اسبراء ، لأن الملك لم يتجدد بالإسلام ولا أصاب واحدة منهن وهي غيره فلم يلزمه استبراء أشبه ما لو أحلت المحرمة من إمائه ، (أو اشترى مكاتبة من ذوات محارمه) أي المكاتب (فحضن عنده ثم عجز) المكاتب حللن للسيد بغير استبراء ، لأنه يصير حكمهن حكم المكاتب إن رق رققن وإن عتق عتقن ، والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، (أو زوج السيد أمته ثم طلقت قبل الدخول) حلت للسيد بغير استبراء ، لأنه لم يتجدد له ملك ولم يصبها الزوج ، (أو اشترى عبده التاجر أمة) استبرأها العبد (ثم أخذها سيده حلت) لسيده ، (بغير استبراء) لأن ملكه ثابت على ما في يد عبده ، (لكن يستحب) الاستبراء (فـ) ما إذا ملك (الزوجة ليعلم هل حملت في زمن الملك أو غيره) وهو النكاح ، وإذا تبين حملها فله وطؤها لزوال الاشتباه ومتى ولدت لستة أشهر فأكثر من ملك فأم ولد ، ولو أنكر الولد بعد أن يقر بوطئها .

(وإن كان ما اشتراه المكاتب من غير ذوات محارمه بعد أن حاضت عنده) أي

المكاتب (وأخذها السيد لعجزه لزمه الاستبراء) لأنه ليس للسيد ملك على ما في يد مكاتبه ، ولأنه تجدد له ملك ، (وإن وطيء المشتري الجارية) التي يلزمه استبراؤها ، (وهي حامل حملاً كان موجوداً حين البيع من غير البائع انقضى استبراؤها بوضعه) كما لو لم يطأها ، وإن كان الحمل من البائع فالبيع باطل ، لأنها أم ولد . (قال) الإمام (أحمد : ولا يلحق) الولد (بالمشتري ولا يبيعه ولكن يعتقه ، لأنه قد شرك فيه ، لأن الماء يزيد في الولد . انتهى . ويحرم وطء مستبرأة) من غيره (زمن استبرائها) لما تقدم (فإن فعل) أي وطيء المستبرأة (لم ينقطع) الاستبراء (به) أي بالوطء ، لأنه حق عليه فلا يسقط بعدوانه (وتبني على ما مضى) من الاستبراء ، (فإن حملت قبل الحيضة استبرأت بوضعه ، لأن الحيضة التي ملكها فيها لا يحتسب لها بها ، (و) إن أحبلها (في حيضه ابتدأتها عنده تحل في الحال لجعل ما مضى) من الدم قبل الحمل (حيضة) فيحصل بها الاستبراء، (وإن وجد استبراء مشتر ونحوه) كمتهب (في يد بائع ونحوه) كواهب بأن باعها أو وهبها ثم حاضت في يده قبل تسليمها ، (أو) حاضت في (يد وكيله) أي وكيل المشتري ونحوه (بعد الشراء) ونحوه (وقبل القبض أجزأ) الاستبراء ، لأن الملك انتقل إليه قبل القبض فقد حصل الاستبراء في ملكه ، (ولا يكون استبراء إلا بعد ملك المشتري لجميع الأمة ، فلو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها) لأنه وقت حصولها كلها في ملكه ، (وإن باع أمته أو وهبها ونحوه) بأن صالح بها أو أصدقها أو خالع عليها ، (ثم عادت إليه بفسخ) لخيار أو عيب أو إقالة (أو غيره) أي غير الفسخ كما لو عادت إليه ببيع أو هبة ونحوها (حيث انتقل الملك وجب استبراؤها ولو قبل القبض) لأنه تجديد ملك ، سواء كان المشتري لها ونحوه رجلاً أو امرأة (إن افترقا) أي البائع والمشتري أو نحوهما ، (وإلا) أي وإن لم يفترقا ، (فلا يجب) الاستبراء (وتقدم في الإقالة) وهذا وجه وتقدم هناك ما فيه ، قال في شرح المنتهى : « ولو قبل تفرقهما عن المجلس على الأصح » يعني يجب الاستبراء ، (ويكفي استبراء زمن خيار المشتري) لانتقال الملك إليه بمجرد البيع ، (وإن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول وجب استبرائها) نص عليه ، وقال: هذه حيلة وضعها أهل الرأي لا بد من استبرائها ، لأنه تجديد ملك ، وكما لو لم تكن زوجة، ولأن إسقاطه هنا ذريعة إلى إسقاطه في حق من أراد إسقاطه بأن يزوجها عند بيعها لم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام ، وكذا لو اشترى مطلقة قبل الدخول (أو ملكها) المشتري ونحوه (معتدة) من وفاة وطلاق أو غيرهما (أو زوج أمته ثم طلقت بعد الدخول وأعتقت في العدة لم يجب استبراء اكتفاء بالعدة) لأن براءتها تعلم بها ، (وإن كانت الأمة لرجلين فوطئاها ، ثم باعها لرجل آخر أجزأه استبراء واحد)

لأنه يعلم به براءة رحمها ، (وإن أعتقاها لزمها استبراآن ، لأن الاستبراء كالعدة يتعدد بتعدد الواطيء بشبهة ، والوطء فيه وجد من اثنين بخلاف مسئلة المشتري ، فإنه معلل بتجديد الملك والملك واحد) .

★ ★ ★

(فصل في الموضع الثاني من مواضع الاستبراء)[1]

الموضع الثاني : من المواضع التي يجب فيها الاستبراء ما أشار إليه بقوله : (وإن وطيء أمته ثم أراد تزويجها أو بيعها لم يجز) له ذلك (حتى يستبرئها) أما إذا أراد تزويجها ، فلأن الزوج لا يلزمه استبراء فيفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب ، وأما إذا أراد بيعها فلأن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية له كان يطؤها قبل استبرائها ، ولأنه يجب على المشتري لحفظ مائه ، فكذلك البائع ، (فلو خالف وفعل) بأن تزوجها أو باعها قبل استبرائها (صح البيع) لأن الأصل عدم الحمل (دون النكاح) فلا يصح قبل الاستبراء كالمعتدة والفرق بين البيع والنكاح أن النكاح لا يراد إلا للاستمتاع ، فلا يجوز إلا فيمن تحل له ، ولهذا لا يصح تزويج معتدة ونحوها ، والبيع يراد لغير ذلك ، فصح قبل الاستبراء ، ولهذا صح في عدة المحرمات ووجب الاستبراء على المشتري ، (وإن لم يطأ) البائع الأمة لم يلزمه استبراؤها إذا أراد بيعها أو نكاحها لعدم موجبه ، (أو كانت آيسة لم يلزمه استبراؤها إذا أراد بيعها) عند الموفق والشارح . قال في المبدع : الأولى أنه لا يجب في الآيسة ، لأن علة الوجوب احتمال الحمل وهو بعيد ، والأصل عدمه . انتهى . لكن أكثر الأصحاب لم يفرقوا بين الآيسة وغيرها .

(لكن يستحب) استبراء الآيسة على القول بعدم وجوبه خروجاً من الخلاف ، (وإذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم تخل من خمسة أحوال :

أحدها : أن يكون البائع أقر بوطئها عند البيع أو قبله وأتت بولد لدون ستة أشهر ، أو يكون البائع ادعاه) أي الولد (وصدقه المشتري ، فهو) أي الولد (ابن للبائع ، وتصير أم ولد له والبيع باطل) لأنها أم ولد .

(**الثاني** : أن يكون أحدهما) أي البائع أو المشتري (استبرأ) الجارية ، (ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشتري ، فالولد له) أي لاحق بالمشتري (والجارية أم ولد له) أي للمشتري للحوق الحمل به .

(**الثالث** : أتت به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها ولأقل من ستة أشهر

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

منذ وطئها المشتري ، فلا يلحق) الولد بواحد منهما ويكون الولد (ملكاً للمشتري ولا يملك فسخ البيع) لأن الحمل تجدد في ملكه ظاهراً ، (فإن ادعاه) أي الولد (كل واحد منهمنا) أنه ولده ، (فهو للمشتري) حيث أتت به لستة أشهر فأكثر منذ وطيء عملاً بالظاهر ، لأنها فراشه ، وإن (ادعاه البائع وحده فصدقه المشتري) أن الولد له (لحقه) نسبه ، لأن الحق لا يعدوهما وقد تصادقا عليه ، (وكان البيع باطلاً) لأنها أم ولد ، (وإن أكذبه) المشتري في دعواه الولد ، (فالقول قول المشتري في ملك الولد) عملاً بظاهر اليد .

(الرابع : أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشتري وقبل استبرائها فنسبه لاحق به) أي بالمشتري ، لأنها فراشه ، (فإن ادعاه البائع فأقر له المشتري لحقه) لتصادقهما عليه (وبطل البيع) لكونها أم ولد ، (وإن أكذبه) المشتري (فالقول قول المشتري) لكونها فراشاً (له ، وإن ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر) بأن قال المشتري : هو للبائع ، وقال البائع : هو للمشتري (عرض على القافة ، فالحق بمن ألحقوه به منهما وإن ألحقوه بهما لحق بهما) لما تقدم في اللقيط ، (وينبغي أن يبطل البيع) لأنها أم ولد للبائع ، (وتكون الجارية أم ولد للبائع) لأن علوقها كان قبل البيع .

(الخامس : أتت به لأقل من ستة أشهر منذ باعها ولم يكن) البائع (أقر بوطئها ، فالبيع صحيح) في الظاهر لعدم لحوق الولد بالبائع ، (والولد مملوك للمشتري ، فإن ادعاه البائع فالحكم كما ذكرنا في الثالث . و) المواضع الثلاث من المواضع التي يجب الاستبراء (إذا أعتق أم ولده ، أو) أعتق (أمته التي كان يصيبها قبل استبرائها ، أو مات عنها ، لزمها استبراء نفسها) لأنها موطوءة وطأ له حرمة فلزمها استعلام براءة رحمها كالموطوءة بشبهة ، (لكن لو أراد أن يتزوجها) أي معتوقته ، فلا استبراء ، لأنها فراشه ، (أو استبرأ) ها (بعد وطئه ثم أعتقها ، أو باعها فأعتقها مشتر قبل وطئها) فلا استبراء اكتفاء بالاستبراء قبل البيع ، (أو كانت) أم الولد أو السرية (مزوجة أو معتدة ، أو) كانت (فرغت عدتها من زوجها فأعتقها) سيدها فلا استبراء ، لأنها ليست فراشاً لسيدها فلا يجب عليها الاستبراء له ، (أو أراد) مشتري أمة استبرأها بائعها قبل بيعها ، أو كان لا يطؤها (تزويجها) من غيره (قبل وطئه فلا استبراء) للعلم ببراءة رحمها بالاستبراء السابق للبيع .

(وإن أبانها) أي طلق الأمة زوجها طلاقاً بائناً (قبل الدخول أو بعده أو مات) زوجها (فاعتدت ، ثم مات سيدها فلا استبراء) عليها (بأن لم يطأ) ها سيدها لزوال فراش السيد بتزويجه لها كمن لا يطؤها أصلاً ، (وإن باع) أمة (ولم يستبر) ئها

(فأعتقها المشتري قبل وطء واستبراء استبرأت) إن أعتقها عقب المشتري ، (أو تممت ما وجد عند مشتر) من استبراء إن عتقت في أثنائها لتعلم براءة رحمها ، (وإذا زوج) سيد (أم ولده ثم مات عتقت) بموته (ولم يلزمها استبراء) لأنها ليست فراشاً للسيد ، (وإن بانت) أم الولد أو السرية (من الزوج قبل الدخول بطلاق أو موت زوجها) أو بانت (بطلاقه بعد الدخول ، فأتمت عدتها ثم مات سيدها فعليها الاستبراء) لأنها عادت إلى فراشه ، وقال أبو بكر : لا يلزمها استبراء إلا أن يردها السيد إلى نفسه ، (وإن مات زوجها) أي أم الولد (وسيدها ، ولم يعلم السابق منهما) موتاً ، أو علم ، ثم نسي ، (و) كان (بين موتهما أقل من شهرين وخمسة أيام لزمها بعد موت الآخر ، منهما عدة الحرة من الوفاة فقط) لأن السيد إن كان مات أولاً ، فقد مات وهي زوجة ، وإن كان مات آخراً ، فقد مات وهي معتدة ولا استبراء عليها على التقديرين ، وقول المصنف بعد موت الآخر معناه أن عدة الوفاة يجب أن يكون ابتداؤها بعد موت الآخر لأنها لا تعلم خروجها من عهدة العدة بيقين إلا بذلك لاحتمال أن الزوج هو الذي مات آخراً ، (وإن كان بينهما) أي بين موت الزوج والسيد (أكثر من ذلك) أي من شهرين وخمسة أيام (أو جهلت المدة) التي بين موتهما (لزمها بعد موت الآخر منهما الأطول من عدة الحرة والوفاة أو استبراء) لأنه يحتمل أن الزوج مات آخراً فعليها عدة الحرة ، ويحتمل أن السيد مات آخراً فعليها الاستبراء بحيضة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين . قال ابن عبد البر : على هذا جميع القائلين بأن عدة أم الولد من سيدها حيضة ومن زوجها شهران وخمسة أيام . انتهى . وهذا أوضح على قول الموفق ومتابعيه، أما على القول بأنه إذا مات سيدها ولو بعد العدة قبل الوطء لاستبراء ، فلا كما نبهت عليه في حاشية المنتهي ، (ولا ترث الزوج) لأنه الأصل ، فلا تجب مع الشك والعدة وجبت استظهاراً لإضرار فيه على غيرها بخلاف الإرث ، (وإن ادعت أمة موروثة تحريمها على وارث بوطء موروثه) كأبيه وابنه ، (أو) ادعت (مستبرأة أن لها زوجاً صدقت) لأن ذلك لا يعرف إلا من جهتها ، (وإن أعتق أم ولده أو) أعتق (أمة كان يصيبها ممن تحل له إصابتها ، فله أن يتزوجها في الحال من غير استبراء) لأنها فراشه عادة بائن بغير ثلاث في عدتها ، (وإن اشترك رجلان في وطء أمة لزمها استبراآن) إن لم تكن مزوجة ، لأن الاستبراء منهما حقان مقصودان لآدميين ، فلم يدخل أحدهما في الآخر كالعدتين ، والمزوجة تعتد كما تقدم ، ومقتضى كلامه كالمقنع والمبدع والتنقيح : لا فرق في ذلك بين وطء الشبهة والزنا ، وعلى كلامه في المنتهى يكفي في الزنا استبراء واحد .

★ ★ ★

(فصل فيما تستبرء به الحامل)[1]

ويحصل استبراء حامل بوضع الحمل كله للآية والخبر والمعنى ، (وبحيضة) إن لم تكن حاملاً (لا يبقينها) إذا ملكها حائضاً (لمن تحيض) ولو كانت تبطيء حيضتها أكثر من شهر فما في لفظ من ألفاظ الخبر حتى تستبرأ بحيضة ، (ويمضي شهر لآيسة وصغيرة وبالغ لم تحض) لأن الشهر أقيم مقام الحيضة في عدة الحرة أو الأمة ، (وتصدق في الحيض) فإذا قالت : حضت ، جاز وطؤها ، (فلو أنكرته) أي الحيض ، (فقال) السيد : (أخبرتني به) أي الحيض (صدق) عليه ، لأنه الظاهر ، (وإن ارتفع حيضها ما تدري رفعه فبعشرة أشهر تسعة للحمل وشهر للاستبراء) بدل الحيضة ، (وإن عرفت) من ارتفع حيضها (ما رفعه انتظرته حتى يجيء فتستبريء به أو تصير من الآيسات فتستبريء استبراءهن) بشهر على ما تقدم في العدة ، فإن ارتابت المستبرأة بنفسها فهي كالحرة إذا ارتابت في العدة أو بعدها على ما تقدم في العدة . انتهى .



(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

كتاب الرضاع

بفتح الراء وكسرها ، (وهو) مصدر رضع الثدي إذا مصه بفتح الصاد وكسرها . قال ابن الأعرابي : الكسر أفصح ، وله سبع مصادر . وقال المطرز في شرحه : امرأة مرضع إذا كانت ترضع ولدها ساعة بعد ساعة ، وامرأة مرضعة إذا كان ثديها في فم ولدها . قال ثعلب : ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ يَوْمَ ترونها تَذْهَلُ كُلُّ مُرْضِعَةٍ عَمَّا أَرْضَعَتْ ﴾[1] وقيل : المرضعة الأم . والمرضع التي معها صبي ترضعه ؛ والولد رضيع وراضع .

وشرعاً : (مص لبن) أي مص من له دون حولين لبناً (أو شربه ونحوه) كالسعوط والوجور وأكله بعد أن جبن (ثاب) أي اجتمع (من حمل من ثدي امرأة) متعلق بمص، وتأتي مفاهيم ذلك (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) قال النبي ﷺ حين أريد على ابنة حمزة فقال : « إِنَّهَا لا تَحِلُّ لي إِنَّهَا لابْنَةُ أَخِي مِنَ الرَّضَاعِ وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ »[2] متفق عليه من حديث ابن عباس . وعن عائشة أن النبي ﷺ قال : « الرَّضَاعُ يُحَرِّمُ مَا يُحَرِّمُ مِنَ الْوِلادَةِ »[3] متفق عليه .

(ولا يثبت) بالرضاع (بقية أحكام النسب من النفقة والإرث والعتق) إذا ملك رحمه المحرم بالرضاع : (وردت الشهادة) لأصله وفروعه من الرضاع (وغير ذلك) كالعقل وولاية النكاح والمال (لأن النسب أقوى) من الرضاع ، فلا يساويه إلا فيما ورد فيه النص وهو التحريم وما يتفرع عليه من المحرمة والخلوة ، (وإذا حملت امرأة من رجل يثبت نسب ولدها منه) بأن تكون زوجته أو أمته أو موطوءته لشبهة ، والجملة صفة لرجل (فثاب لها لبن) عطف على حملت ، وكذا ، (فأرضعت به ولو مكرهة طفلاً رضاعاً محرماً) بأن يكون خمس رضعات في الحولين ويأتي (صار) الطفل (ولداً لهما) أي للرجل والمرأة والجملة جواب الشرط ، وهو إذا (في تحريم النكاح) لقوله تعالى :

---

(١) سورة الحج ، الآية : ٢ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الشهادات ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض، وأخرجه مسلم في كتاب الرضاع ، باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (٩١٩) .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في المصدر السابق ، وأخرجه مسلم في كتاب الرضاع ، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (٩١٦) .

﴿ وأمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أرْضَعْنَكُمْ ﴾ [(١)] ، وللخبر السابق ، (و) في (إباحة النظر ، و) إباحة (الخلوة ، و) في (ثبوت المحرمية) لأن ذلك فرع عن التحريم بسبب مباح ، (و) صار (أولاده) أي الطفل (من البنين والبنات ، وإن سفلوا أولاد ولدهما) لأنهم أولاد الطفل وهو ولدهما ، (وصارا) أي المرضعة وصاحب اللبن (أبويه) لأنه ولدهما (وآباؤهما أجداده وجداته) لأنه ولد ولدهما (وأخوة المرأة وأخواتها أخواله وخالاته) لأنه ولد أختهم (وإخوة الرجل وأخواته أعمامه وعماته) لأنه ولد أخيهم (وجمع أولاد المرضعة الذين ارتضع معهم) الطفل (والحادثين قبله ، و) الحادثين (بعده من زوجها ومن غيره وجميع أولاد الرجل الذي انتسب الحمل إليه من المرضعة ومن غيرها أخوة المرتضع وأخواته وأولاد أولادهما أولاد إخوته وأخواته ، وإن نزلت درجتهم) كالنسب. وفي الروضة : لا بأس بتزويجه أخواته الحادثات قبله . قال ابن نصر الله : وهذا خلاف الإجماع . قال في الإنصاف : ولم نره لغيره ، ولعله سهو . انتهى . وإنما ثبتت أبوة الواطيء للطفل وفروعها إذا كان يلحقه نسب الحمل ، لأن اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من مائه وماء المرأة ، فنشر التحريم إليهما ونشر الحرمة إلى الرجل وأقاربه ، وهو الذي يسمى لبن الفحل لقوله ﷺ لعائشة لما سألته عن أفلح حين قال لها : أتَحتَجِبِينَ عَنِّي وأنَا عَمُّكِ ! فَقَالَ : كَيْفَ ذَلِكَ ؟ فَقَالَ : أرْضَعَتْكِ امْرأةُ أخِي بلبن أخي ، فقال : « أفْلَحُ ائْذَنِي لَهُ » [(٢)] متفق عليه ، ولفظه للبخاري . وسئل ابن عباس عن رجل له جاريتان فأرضعت إحداهما جارية والأخرى غلاماً : أيحل للغلام أن يتزوج الجارية ؟ فقال : « لا اللِّقَاحُ وَاحِدٌ » [(٣)] رواه مالك والترمذي . وقال : هذا تفسير لبن الفحل .

(وتنتشر حرمة الرضاع من المرتضع إلى أولاده وأولاد أولاده وإن سفلوا فيصيرون أولاداً لهما) لأن الرضاع كالنسب والتحريم في النسب يشمل ولد الولد ، وإن سفل فكذا الرضاع ، (ولا تنتشر الحرمة إلى من في درجته) أي المرتضع (من إخوته وأخواته) لأنها لا تنتشر في النسب ، فكذا في الرضاع ، (ولا) تنتشر أيضاً (إلى من هو أعلى منه) أي المرتضع (من آبائه وأمهاته وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته) ، لأن

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٢٣ .

(٢) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب التفسير ، سورة الأحزاب ، باب قوله تعالى : ﴿ وإن تُبدوا شيئاً أو تخفوه ﴾ ، وأخرجه مسلم في كتاب الرضاع ، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (٩١٧) .

(٣) الحديث أخرجه مالك في الموطأ في : ٢/٦٠٢ ، كتاب الرضاع ، باب رضاعة الصغير ، الحديث (٥) ، وأخرجه الترمذي في كتاب الرضاع ، باب ما جاء في لبن الفحل .

الحرمة إذا لم تنتشر إلى من هو في الدرجة فلئلا نتشر إلى من هو أعلى منه بطريق الأولى ، (فتحل مرضعة لأبي مرتضع ولأخيه ، و) لـ (عمه ، و) لـ (خاله من نسب ، ويحل لأبيه) أي المرتضع (من نسب أن يتزوج أخته من الرضاعة) لأنه لا رضاع بينهما ولا نسب ، (وتحل أم مرتضع وإخوته وعمته وخالته من النسب لأبيه وأخيه من رضاع) قال أحمد : لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخيه من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب ، (وإن أرضعت) امرأة (بلبن ولدها من الزنا ، أو) بلبن ولدها (المنفي بلعان طفلاً) رضاعاً محرماً (صار ولداً لها) لأنه رضع من لبنها حقيقة، (وحرم على الزاني والملاعن تحريم مصاهرة) لأنه ولد موطوءته والوطء الحرام كالحلال في تحريم الربيبة ، (ولم تثبت حرمة الرضاع في حقهما) أي الزاني والملاعن ، لأن من شرط ثبوت حرمة الرضاع بين المرتضع والرجل الذي ثاب اللبن بوطئه أن ينسب الحمل إلى الواطيء ، فأما ولد الزنا ونحوه فلا ، (كالنسب) . وقال أبو بكر : تثبت ، (وإن أرضعت) امرأة (بلبن اثنين وطئاها بشبهة وثبتت أبوتهما للمولود فالمرتضع ابنهما) لأن المرتضع كل مرضع تبع للمناسب ، فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله ، (أو) ثبتت (أبوة أحدهما فهو) أي الرضيع (ابنه) لما سبق ، وسواء (ثبت ذلك بالقافة أو بغيرها وإن نفته القافة عنهما أو أشكل عليهم أو لم يوجد قافة تثبت التحريم بالرضاع في حقهما) تغليباً للحظر كما لو اختلطت أخته بأجنبيات ، (وإن انتفى عنهما بأن تأتي به لدون ستة أشهر من وطئها ، أو) أتت به (لأكثر من أربع سنين من وطء الآخر انتفى المرتضع عنهما) لأنه تابع للمناسب كما تقدم ، (فإن كان المرتضع) حينئذ (جارية حرمت عليهما تحريم مصاهرة وتحرم أولادها عليهما) أي الواطئين (أيضاً ، لأنها ابنة موطوءتهما فهي ربيبة لهما) والربيبة من الرضاع كالنسب ، (وإن ثاب لامرأة لبن من غير حمل تقدم كلبن البكر) التي لم تحمل (لم ينشر الحرمة نصاً) لأنه نادر لم تجر العادة به لتغذية الأطفال أشبه لبن الرجل والبهيمة ، وقال جماعة : لأنه ليس بلبن حقيقة بل رطوبة متولدة ، لأن اللبن ما أنشر العظم وأنبت اللحم وهذا ليس كذلك ، (ولا ينشر الحرمة غير لبن المرأة ، فلو ارتضع طفلان من بهيمة) لم ينشر الحرمة ولم يصيرا أخوين ، لأن تحريم الأخوة فرع على تحريم الأمومة ، ولا يثبت تحريم الأمومة بهذا الرضاع ، فالأخوة أولى ، ولأنه لم يخلق لغذاء المولود الآدمي أشبه العظام ، (أو) ارتضع طفلان من لبن (رجل) فكذلك لما ذكرنا ، (أو) ارتضعا من لبن (خنثى مشكل لم ينشر الحرمة) لأنه لم يثبت كونه امرأة فلا يثبت التحريم مع الشك .



(فصل في شروط ثبوت الحرمة بالرضاع)(١)

ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا بشروط :

أحدها : أن يرتضع في العامين ، ولو كان قد فطم قبله أي قبل ذلك الرضاع لقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ (٢) ، وحديث عائشة : « أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا وعِنْدَهَا رَجُلٌ قَاعِدٌ فَسَأَلَهَا عَنْهُ فَقَالَتْ : هُوَ أَخِي مِنَ الرضَاعَةِ ، فقال : انْظُرْنَ مَنْ أَخَوَاتُكُنَّ ؟ فإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ » (٣) متفق عليه . وعن أم سلمة مرفوعاً : « لا يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ إلا مَا فَتَقَ الأمْعَاءَ وكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ » (٤) رواه الترمذي وصححه . وعن ابن عباس مرفوعاً : « لا يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ إلا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ » رواه ابن عدي وغيره .

(فلو ارتضع) الطفل (بعدهما) أي الحولين (بلحظة ولو قبل فطامه أو ارتضع الخامسة كلها بعدهما) أي الحولين (بلحظة لم يثبت) التحريم ، لأن شرطه وهو كونه في الحولين لم يوجد ، وعلم منه أنه لو شرع في الخامسة ، فحال الحول قبل كمالها اكتفى بما وجد منها في الحولين كما لو انفصل عما بعده . وأما حديث عائشة أن سهلة بنت سهيل بن عمرو جاءت إلى النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله : إنَّ سَالماً مَوْلَى أبي حُذَيْفَةَ مَعَنَا فِي بَيْتِنَا وَقَدْ بَلَغ مَا يَبْلُغُ الرِّجَالُ وَعَلِمَ مِمّا يَعْلَمَ الرجَالُ ، فَقَالَ : أَرْضِعِيهِ تَحْرُمِي عَلَيْهِ » (٥) رواه مسلم . فهو خاص به دون سائر الناس جمعاً بين الأدلة .

الشرط (الثاني : أن يصل اللبن إلى جوفه من حلقه ، فإن وصل) اللبن (إلى فمه ثم مجه) أي ألقاه ، (أو احتقن به أو وصل إلى جوف لا يغذي كالذكر والمثانة لم ينشر

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ . (٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣ .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الشهادات ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض، وأخرجه مسلم في كتاب الرضاع ، باب إنما الرضاعة من المجاعة ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (٩٢١) .

(٤) الحديث أخرجه الترمذي في السنن : ٣/ ٤٨٥ ، كتاب الرضاع ، باب ما جاء في ذكر أن الرضاعة لا تحرُم إلا الحديث (١١٥٢) ، وقال : « هذا حديث حسن صحيح » ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٣٠٥) ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الرضاع ، الحديث (١٢٥٠) ، وقال الشوكاني في نيل الأطار : ٦/ ٣١٦ ، كتاب الرضاع ، باب ما جاء في رضاعة الكبير ، وأخرجه أيضاً الحاكم وصححه ، ولم نجده عند الحاكم في النسخة المطبوعة .

(٥) الحديث أخرجه مسلم في كتاب الرضاع ، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

الحرمة) لأن هذا ليس برضاع ولم يحصل به التغذي فلم ينشر الحرمة كما لو وصل من جرح .

الشرط (الثالث : أن يرتضع خمس رضعات فصاعداً) وهو قول عائشة وابن مسعود وابن الزبير وغيرهم لما روت عائشة قالت : « كَانَ فِيمَا نَزَلَ مِنَ القُرْآنِ : عَشْرُ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ » ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسِ رضعات مَعلُوماتٍ ، فَتُوفِّيَ رَسُولُ اللهِ ﷺ والأمْرُ عَلَى ذَلِكَ»[1] رواه مسلم . وروى مالك عن الزهري عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل : « أرْضِعِي سَالِماً خَمْسَ رَضَعَاتٍ »[2] .

(ويشترط أن تكون) الخمس (متفرقات) لتتحقق فمتى (امتص) الطفل (ثم تركه) أي الرضاع (شبعاً ، أو) تركه (لتنفس ، أو) تركه (لمله أو) تركه (لانتقاله من ثدي إلى) ثدي (غيره ، أو) لانتقاله (من امرأة إلى) امرأة (غيرها أو قطع عليه) الرضاع ، بأن أخرج الثدي من فمه (فهي رضعة) لأن المرجع فيها إلى العرف ، لأن الشرع ورد بها مطلقاً ولم يحدها بزمن ولا مقدار ، فدل على أنه ردهم إلى العرف ، فإذا ارتضع ثم قطع باختياره أو قطع عليه فهي رضعة ، (فمتى عاد) ارتضع ، (ولو قريباً فهي رضعة أخرى) لأن العود ارتضاع والشارع لم يحد الرضعة بزمان ، فوجب أن يكون القريب كالبعيد ، فكان رضعة أخرى كالأولى (وسعوط في أنفه ووجور في فم كرضاع) يحصل به ما يحصل بالرضاع من الغذاء والسعوط أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره ، فيدخل حلقه والوجور أن يصب في حلقه من غير الثدي ، (وكذا جبن عمل منه) لأنه واصل من الحلق يحصل به إنبات اللحم ، (ويحرم من ذلك) المذكور الوجور والسعوط والجبن المعمول منه (خمس) لأنه فرع عن الرضاع فيأخذ حكمه ، (فإن ارتضع دونها) أي الخمس (وكملها) أي الخمس (سعوطاً أو وجوراً أو أسعط وأوجر وكمل الخمس برضاع ثبت التحريم) لوجود الخمس ، (ولو حلب في إناء لبن دفعة واحدة أو

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح : ١٠٧٥/٢ ، كتاب الرضاع ، باب التحريم بخمس رضعات ، الحديث (١٤٥٢/٢٤) .

(٢) الحديث أخرجه مالك في الموطأ : ٦٠٥/٢ - ٦٠٦ ، كتاب الرضاع ، باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر ، الحديث (١٢) ، وقال ابن عبد البر : هذا حديث يدخل في المسند ، أي الموصول للقاء عروة عائشة وسائر أزواجه ﷺ ، وللقائه سهلة بنت سهيل وقد وصله جماعة ، وقد أخرجه مسلم من طرق عن عائشة رضي الله عنها في كتاب الرضاع ، باب رضاعة الكبير ، حديث (٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨) ، ومن طرق عن زينب بنت أم سلمة عن أمها في كتاب الرضاع ، باب رضاعة الكبير ، حديث (٢٩ ، ٣٠ ، ٣١) .

دفعات ثم سقى لطفل في خمس أوقات ، فهي خمس رضعات) اعتباراً بشرب الطفل له، (وإن حلب في إناء خمس حلبات في خمسة أوقات ثم سقى) للطفل (دفعة واحدة كان رضعة واحدة) اعتباراً بشربه له ، فإن سقاه جرعة بعد أخرى متتابعة فرضعة في ظاهر قول الخرقي ، لأن المعتبر في الرضعة العرف وهم لا يعدون هذا رضعات ، ويحتمل أن يخرج على ما إذا قطع عليه الرضاع ، (ويحرم لبن الميتة إذا حلب أو ارتضع من ثديها بعد موتها) لأنه ينبت اللحم ، قال في الشرح والمبدع : ونجاسته لا تؤثر كما لو حلب في إناء نجس يعني إن قلنا : ينجس الآدمي بالموت ، و(كما لو حلب في حياتها ثم شربه) الطفل (بعد موتها ولو حلف لا يشرب من لبن امرأة فشرب منه وهي ميتة حنث) لأنه شرب من لبنها ، (ويحرم اللبن المشوب) وهو المخلط بغيره من طعام أو شراب أو غيرهما ، لأن ما تعلق الحكم به لم يفرق بين خالصه ومشوبه كالنجاسة في الماء والنجاسة الخالصة ، و(كـ) اللبن المخيض ، وفي نسخ كالمحض أي الخالص (إن كانت صفاته) أي المشوب (باقية) وهي اللون والطعم والريح ، فلو صبه في ماء كثير لم يتغير به لم يثبت التحريم ، لأن هذا ليس بمشوب ولا يحصل به التغذي ولا إنبات اللحم ولا انتشار العظام ، (وسواء خلط بطعام أو شراب أو غيرهما ، فإن حلب اللبن من نسوة وسقي لطفل ، فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن) لاختلاط لبنهن .



فصل

وإذا تزوج امرأة (كبيرة ذات لبن من غيره) زوجاً (كان) أو غيره ، (ولم يدخل) الثاني (بها ، و) تزوج (بثلاث صغائر) دون الحولين (فأرضعت الكبيرة إحداهن حرمت الكبيرة أبداً) لأنها صارت من أمهات نسائه (وبقي نكاح الصغيرة) لأنها ربيبة لم يدخل بأمها وفارق ما لو ابتدأ العقد عليهما ، لأن الدوام أقوى من الابتداء ، (فإن أرضعت) الكبيرة (اثنتين) من الصغائر (منفردتين أو معاً انفسخ نكاحهما) لأنهما صارتا أختين واجتمعتا في الزوجية ، (وإن أرضعت الثلاث متفرقات انفسخ نكاح الأولتين) لأنهما صارتا أختين في نكاحه (دون الثلاثة) فثبت نكاحهما ، لأنه لم يصادف أخوتها جميعاً في النكاح .

(وإن أرضعت إحداهن منفردة ، ثم) أرضعت (اثنتين معاً انفسخ نكاحهن) لأنهن صرن أخوات في نكاحه (وله نكاح إحدى الثلاث) الصغائر ، لأن تحريمهن تحريم جمع، لأنهن ربائب لم يدخل بأمهن ، (وإن كان دخل بالأم حرم الكل ابتداء) لأنهن

ربائب دخل بأمهن ، (ولو أرضعت الثلاث أجنبية في حالة واحدة بأن حلبته في ثلاث أو إن وأوجرتهن في حالة واحدة أو أرضعت اثنتين معاً وأوجرت الثالثة في حالة واحدة) أو أوجرت اثنتين وأرضعت الثالثة في حالة واحدة (حرم عليه نكاح الكبيرة أبداً) لأنها من أمهات نسائه (وانفسخ نكاح الثلاث) لأنهن صرن أخوات في النكاح ، (وإن أرضعت) الأجنبية (اثنتين) من الصغائر منفردتين أو معاً (انفسخ نكاحهما) لأنهما صارتا أختين في نكاحه ، (وإن أرضعت) الأجنبية (إحداهن منفردة ثم اثنتين معاً انفسخ نكاح الجميع) لما سبق (وله نكاح إحدى الثلاث) لأن تحريمهن لأجل الجمع ، (وكل امرأة تحرم عليه ابنتها كأمه وجدته وأخته وربيبته إذا أرضعت طفلة حرمتها عليه) لأنها تصير ابنتها من الرضاع ، فإذا كانت المرضعة أمه فالمرضعة أخته ، وإن كانت المرضعة جدته فالمرضعة عمته أو خالته ، وإن كانت المرضعة أخته فالمرتضعة ابنة أخته ، (وكل رجل تحرم ابنته كأخيه وأبيه إذا أرضعت امرأته بلبنه طفلة حرمتها عليه) لأنها تصير ابنته ، فإن كانت المرضعة امرأة أخيه فالمرتضعة ابنة أخيه ، وإن كانت امرأة أبيه فالمرتضعة أخته ، (وفسخ) أي انفسخ (نكاحها منه فيهما) أي في الصورتين السابقتين (إن كانت زوجته) لتحريمها على التأبيد ، (وإن أرضعتها) أي الطفلة زوجة كانت أو غيرها (امرأة أحد هؤلاء بلبن غيره) أي غير زوجها (لم تحرم عليه) أي على من تحرم عليه بنت زوجها (لأنها صارت ربيبة زوجها) فلا تحرم عليه ولا على ابنه ونحوهما ، (وإن أرضعتها) أي الطفلة (من لا تحرم بنتها كعمتها وخالتها لم تحرمها عليه) لأنها بنت عمته أو خالته ، وكذا لو أرضعتها زوجة عمه أو زوجة خاله بلبنه ، (ولو تزوج) طفل طفلة هي (بنت عمه فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً) دون الحولين (انفسخ النكاح ، لأنها لما أرضعت الزوج صار عم زوجته) لأنه أخو أبيها من الرضاع ، (وإن أرضعت الزوجة صارت عمته) لأنها أخت أبيه من الرضاع ، (وإن أرضعتهما) الجدة (جميعاً صار) الزوج (عمها) أي عم زوجته (وصارت عمته) وانفسخ النكاح ، (وإن تزوج بنت عمه فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً) في الحولين (انفسخ النكاح ، لأنها لما أرضعت الزوج صار خالها) لأنه أخو أمها من الرضاعة ، (وإن أرضعت الزوجة صارت) الزوجة (عمته) لأنها أخت أبيه من الرضاع ، (وإن تزوج بنت خاله فأرضعت جدتهما الزوج صار) الزوج (عم زوجته) لأنه أخو أبيها من الرضاعة ، (وإن أرضعتها صارت خالته) لكونها أخت أمه من الرضاع ، (وإن تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجته) لأنه أخو أمها من الرضاع ، (وإن أرضعتها صارت) الزوجة (خالة زوجها) لأنها أخت أمه من الرضاع .

فصــل

وكل من أفسد نكاح امرأة برضاع قبل الدخول ، فإن الزوج يرجع عليه بنصف مهرها الذي لزمه لها ، لأنه قرره عليه بعد أن كان عرضة للسقوط كشهود الطلاق إذا رجعوا ، وإنما لزم الزوج نصف مهر الصغيرة ، لأن نكاحها انفسخ قبل الدخول بها من غير جهتها والفسخ من أجنبي كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه ، (وإن أفسدت) طفلة (نكاح نفسها قبل الدخول سقط مهرها) قال في المبدع : بغير خلاف نعلمه ، لأن الفسخ بسبب من جهتها كما لو ارتدت ، (وإن كان) إفسادها لنكاح نفسها (بعده) أي بعد الدخول (لم يسقط ، ويجب) صداقها إذن (على زوجها) لأنه استقر بالدخول ، وكما لو ارتدت ، (وإن أفسده) أي نكاحها (غيرها بعد الدخول وجب لها مهرها) المسمى على الزوج ، لأنه استقر عليه بالدخول ، (ويرجع به) الزوج على المفسد ، نص عليه في رواية ابن القاسم ، لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها ، فيرجع بما لزمه كنصف المهر في غير المدخول بها ، (ولها) أي لمن أفسد غيرها نكاحها قبل الدخول أو بعده (الأخذ من المفسد نصاً) وتقدم نظيره في الرجوع على الغار ، (فإذا ارتضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ نكاحهما) بأن كان بعد الدخول بالكبرى ، (فعليه نصف مهر الصغرى) لأن نكاحها انفسخ بغير سبب من جهتها ، وذلك يوجب نصف المهر على الزوج كما تقدم (يرجع به) الزوج (على الكبرى ، لأنها التي تسببت في انفساخ نكاحه، فإن كانت أمة ففي رقبتها ، لأن ذلك من جنايتها ، (وعليه مهر الكبرى المسمى لها ولا يرجع عليها بشيء إذا كان أداه إليها) لأنه استقر عليه بالدخول بها ، (وإن كان) الزوج (لم يدخل بها) أي الكبرى (فلا مهر لها) أي الكبرى ، لأنها التي أفسدت نكاح نفسها ، (ونكاح الصغرى بحاله) لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، (وإن دبت الصغرى إلى الكبرى ، وهي) أي الكبرى (نائمة أو مغمى عليها أو مجنونة فارتضعت) الصغرى (منها انفسخ نكاح الكبرى) لأنها أم زوجته (ويرجع على الصغرى بنصف مهر الكبرى قبل الدخول) لأنها تسببت إلى فسخ نكاحها الموجب لتقرير نصف المسمى وأتلفت على الزوج البضع أشبه ما لو أتلفت عليه مبيعها ، (ونكاح الصغرى ثابت) لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، (فإن كان دخل بالكبرى حرمتا) على التأبيد ، أما الكبرى فلأنها من أمهات نسائه ، وأما الصغرى فلأنها ربيبة دخل بأمها ، (ولا مهر للصغرى) لأنها التي أفسدت نكاح نفسها ، (وعليه مهر الكبرى) لأنه استقر بدخوله لها (يرجع به على الصغيرة) لأنها تسببت في فسخ نكاحها وإتلاف البضع عليه ، (وإن ارتضعت

الصغيرة منها رضعتين وهي نائمة ثم انتبهت الكبيرة فأتمت لها ثلاث رضعات) فقد حصل الفساد بفعلها ، (فعليه مهر الكبيرة) لاستقراره بالدخول (وثلاثة أعشار مهر الصغيرة) ويسقط عشران في مقابلة ما ارتضعته منها وهي نائمة ، (ويرجع به) أي بما يغرمه للصغيرة (على الكبيرة) لما تقدم ، (وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها) ويسقط الباقي نظير فعلها بعد انتباهها (يرجع به على الصغيرة) لكونها تسببت بدبيبها ، (وإن أرضعت بنت الزوجة الكبرى) الزوجة (الصغرى فالحكم في التحريم والفسخ ؛ كما لو أرضعتها الكبيرة) فإن كان دخل بالكبيرة انفسخ نكاحهما وحرمتا أبداً، وإلا حرمت الكبرى وانفسخ نكاحها وحدها ، (و) كذا الحكم في (الرجوع على المرضعة التي أفسدت النكاح) فيرجع عليها بما يغرمه لهما أو لأحدهما لتسببها في غرمة وتفويتها البضع عليه ، (وإن) أرضعتها أي زوجته الصغيرة ، (أو) زوجته (الكبيرة انفسخ نكاحهما معاً) لأنهما أختان اجتمعا في النكاح ، (فإن كان لم يدخل بالكبيرة فله أن ينكح من شاء منهما) لأن التحريم لأجل الجمع ، (ويرجع على المرضعة بنصف صداقهما) الذي غرمه لتسببها ، (وإن كان دخل بالكبيرة فله نكاحها) في الحال ، لأن الماء ماؤه ، (وليس له نكاح الصغيرة حتى تنقضي عدة الكبيرة، لأنها قد صارت أختها فلا ينكحها في عدتها) لأن زمن العدة كالزوجية كما سبق في النكاح ، (وكذلك الحكم إن أرضعتها جدة الكبيرة، لأنها تصير عمة الكبيرة) إن كانت الجدة لأب ، (أو) تصير (خالتها) إن كانت جدة لأم (والجمع بينهما) أي بين المرأة وعمتها أو خالتها من الرضاع (محرم) كالنسب ، (وكذلك إن أرضعتها أختها) أي أخت الكبيرة ، (أو زوجة أخيها بلبنه أو أرضعتها بنت أخيها أو بنت أختها) لأنها صارت بنت أخت الكبيرة أو بنت أخيها أو بنت بنت أخيها أو بنت أختها والجمع بينهما محرم ، (ولا تحريم في شيء من هذا على التأبيد، لأنه تحريم جمع إلا إذا أرضعتها بنت الكبيرة ، وقد دخل بأمها) فيحرم على الأبد كل منهما ، أما الكبرى فلأنها من أمهات نسائه ، وأما الصغيرة فلأنها بنت ربيبة دخل بأمها ، (وإذا كان لرجل خمس أمهات أولاد لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة منهن رضعة صار) سيدهن (أباً لها) لأنها ارتضعت من لبنه خمس رضعات ، كما لو أرضعتها واحدة منهن (وحرمت عليه) على التأبيد، لأنها بنته ، و(لا) تحرم عليه (أمهات الأولاد لعدم ثبوت الأمومة) فلا يثبت تحريمهن ، (وإن أرضعن) أي أمهات أولاده الخمس بلبنه (طفلاً كذلك) أي كل واحدة منهن أرضعته رضعة (صار المولى) صاحب اللبن (أباً له) لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات ، (وحرمت عليه) أي الطفل (المرضعات ، لأنه ربيبهن وهن موطوآت أبيه)

فيتناولهن قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِنَ النِّسَاءِ ﴾ [1] ، (ولو كان له) أي الرجل (خمس بنات أو خمس بنات زوجته فأرضعن) أي بناته أو بنات زوجته (امرأة له صغرى) في الحولين (رضعة رضعة فلا أمومة) لأن إحداهن لم ترضعه خمساً (ولا يصير الكبير) أبو البنات (ولا الكبيرة) أم المرضعات (جداً ولا جدة) لأن الجدودة فرع الأمومة ولم تثبت ، (ولا) تصير (أخوة المرضعات أخوالاً ولا أخواتهن خالات) لأن الخؤولة فرع الأمومة ، ولم تثبت ، (ولو كمل لطفل خمس رضعات من أم رجل وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبيه من كل واحدة رضعة فكذلك ، أي لا تحريم) لعدم ثبوت الأمومة لواحدة منهن ، (وإذا كان لامرأة لبن من زوج فأرضعت به طفلاً ثلاث رضعات فانقطع لبنها ثم تزوجت بآخر فصار لها منه لبن فأرضعت منه الطفل) الذي أرضعته أولاً في الحولين (رضعتين صارت أماً له) لأنه كمل له خمس رضعات من لبنها ، (ولم يصر واحد من الزوجين أباً له) لأنه لم يكن له خمس رضعات من لبن أحدهما ، (ويحرم) الطفل (عليهما إن كان أنثى لكونه ربيباً لهما) قد دخلا بأمه (لا لكونه ولدهما ، وإذا كان له ثلاث نسوة لهن لبن منه فأرضعت امرأة له صغرى كل واحدة منهن رضعتين ، لم تحرم المرضعات) لعدم ثبوت الأمومة ، (وحرمت الصغرى) على الأبد، لأنها بنته، (وتثبت الأبوة) لأنه كمل له خمس رضعات من لبنه ، و(لا) تثبت (الأمومة) لواحدة من الثلاثة ، لأنها لم ترضعها خمساً ، (وعليه نصف مهرها) أي الصغرى ، لأن الفسخ من غير جهتها (يرجع) الزوج (به عليهن) أي المرضعات لتسببهن في استقراره عليه (على قدر رضاعتهن) المحرمة ، (وعلى الأولى) التي ارتضعت أولاً (خمس المهر وعلى الثانية خمسه وعلى الثالثة عشرة) لأن التحريم حصل منها برضعة واحدة ، وقد اشتركن في الإتلاف ، فكان على كل واحدة بقدر ما أتلفت ، (ولو كان لامرأته ثلاث بنات من غيره فأرضعن ثلاث نسوة له صغاراً) فأرضعت (كل واحدة) من بنات الزوجة (واحدة) من زوجاته الصغار (إرضاعاً كاملاً) أي خمس رضعات ، (ولم يدخل بالكبرى حرمت عليه ، لأنها من جدات النساء ، ولم ينفسخ نكاح الصغار ، لأنهن لسن أخوات إنما هن بنات خالات) ولا يحرم الجمع بين بنات الخالات ولا يحرمن بكونهن ربائب ، (لأن الربيبة لا تحرم إلا بالدخول بأمها) أو جدتها ولم يحصل ، (ولا ينفسخ نكاح من كمل رضاعها أولاً) لما ذكرنا ، (وإن كان دخل بالأم حرم الصغائر) أبداً (أيضاً) لأنهن ربائب دخل بجدتهن ، (وإن أرضعن) أي بنات زوجته (واحدة) من زوجاته الصغار أرضعتها (كل واحدة منهن) رضعتين

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٢٢ .

(اثنتين حرمت الكبرى) صححه في المبدع وغيره ، لأنها صارت جدة بكون الصغيرة قد كمل لها خمس رضعات من بناتها ، (وقيل : لا تحرم) الكبيرة (اختاره الموفق والشارح وصححه في الإنصاف) لأن كونها جدة فرع على كون ابنتها أما ، ولم تثبت الأمومة ، فما هو فرع عليها أولى وهو الموافق لما جزم به فيما إذا أرضعتها خمس بنات زوجته على ما تقدم قريباً .

★ ★ ★



فصل

وإذا طلق كبيرة مدخولاً بها فأرضعت صغيرة بلبنه خمس رضعات (صارت) المرضعة (بنتاً له) لارتضاعها من لبنه ، (وإن أرضعتها بلبن غيره صارت ربيبة) له، لأنها بنت زوجته (وحرمتا) أي المرضعة والرضيعة ، أما المرضعة فلأنها من أمهات نسائه ، وأما الرضيعة فلأنها ربيبة دخل بأمها ، (ويرجع على الكبيرة بنصف مهر الصغيرة) لأنها تسببت في استقراره عليه ، (وإن كان) زوج الصغيرة (ما دخل بالكبيرة بقي نكاح الصغيرة) لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، (وإن طلق صغيرة فأرضعتها امرأة له حرمت المرضعة) لأنها صارت من أمهات نسائه ، (فإن كان لم يدخل بها) أي الكبيرة ، (فلا مهر لها) لمجيء الفرقة من قبلها ، (وله نكاح الصغيرة) لأنها ربيبة غير مدخول بأمها ، (وإن كان دخل بها) أي الكبيرة ، (فلها مهرها) المسمى لاستقراره بالدخول (وحرمتا) أي الكبيرة والصغيرة (عليه) لأن الكبيرة من أمهات نسائه والرضيعة ربيبة مدخول بأمها (وإن طلقهما) أي الكبيرة والصغيرة (جميعاً ، فالحكم في التحريم على ما مضى) تفصيله ، (ولو تزوج) رجل امرأة (كبيرة ، و) تزوج (آخر) طفلة (صغيرة ثم طلقاهما ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة حرمت الكبيرة عليهما) لأنها صارت من أمهات نسائهما ، (وإن كان زوج الصغيرة دخل) بالكبيرة (حرمت عليه الصغيرة) لأنها ربيبة مدخول بأمها ، (وكل من قلنا بتحريمها) فيما ذكر، (فالمراد على التأبيد وهو مقرون بفسخ نكاحها) إن كانت زوجة ، لأن التحريم الطاريء كالمقارن .

★ ★ ★



فصل

وإذا طلق امرأته ولها منه لبن فتزوجت بصبي دون الحولين ، (فأرضعته بلبنه) خمس رضعات (انفسخ نكاحها) من الصبي ، (وحرمت عليه) أبداً، لأنها صارت أمه ، (و)

حرمت أيضاً (على الأول أبداً) لأنها صارت من حلائل أبنائه ، لأن الصبي صار ابناً للمطلق ، لأنه رضع من لبنه رضاعاً محرماً وهي زوجته ، (ولو تزوجت الصبي أولاً ثم فسخت نكاحها لمقتض) كعيب أو فقد نفقة أو إعسار بمقدم صداق ، (ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي حرمت عليهما أبداً) على الكبير، لأنها صارت من حلائل أبنائه وعلى الصغير، لأنها صارت أمه . (قال في المستوعب : وهي مسئلة عجيبة، لأنه تحريم طرأ لرضاع أجنبي . قال) في المستوعب : (وكذلك لو زوج أمته لعبد له يرضع ثم أعتقها) سيدها ، (فاختارت فراقه) أي فسخت نكاحه لعتقها تحت عبد ، (ثم تزوجت بمن أولدها فأرضعت بلبن هذا الولد زوجها الأول بعد عتقه) أو قبله (حرمت عليهما جميعاً) أما الأول فلأنها صارت أمه ، وأما صاحب اللبن فلأنها صارت من حلائل أبنائه ، (ولو زوج رجل أم ولده أو أمته بصبي مملوك فأرضعته بلبن سيدها حرمت عليهما) أما المملوك فلأنها صارت أمه ، وأما السيد فلأنها من حلائل أبنائه ، (ولا يتصور هذا) أي تزوج أم الولد أو الأمة لصبي (إن كان الصبي حراً، لأن من شرط نكاح الحر الأمة خوف العنت ولا يوجد ذلك) أي خوف العنت (في الطفل) وفيه تلويح بالرد على صاحب الرعاية ، ورد بأنه غير مسلم ، لأن الشرط خوف عنت العزوبة لحاجة متعة أو خدمة والطفل قد يحتاج للخدمة ، فيتصور كما في المنتهى وغيره، (فإن تزوج بها) الطفل لغير حاجة خدمة (كان النكاح فاسداً ، وإن أرضعته لم تحرم على سيدها) لأنها ليست من حلائل أبنائه لفساد النكاح ، وإن تزوجها لحاجة خدمة صح النكاح ، وإن أرضعته حرمت عليهما .

★ ★ ★



فصل

متى كان مفسد النكاح جماعة وزع المهر على مرضعاتهن المحرمة ، لأنه إتلاف اشتركن فيه ، فكان على كل واحدة بقدر ما أتلفت ، و(لا) يوزع (على) عدد (رؤوسهن) كما لو أتلفن مالاً وتفاوتن فيه ، (فلو سقى خمس زوجة صغيرة من لبن أم الزوج خمس مرات انفسخ نكاحها) لأنها صارت أخته من الرضاع ، (ولزمهن نصف مهرها بينهن) بحسب ما سقينها لتسببهن في استقراره عليه ، (فإن سقتها واحدة شربتين ، و) سقتها (أخرى ثلاثاً ، فعلى الأولى خمس المهر وعلى الثانية خمس) المهر ، (وعشر)ه (وإن سقتها واحدة شربتين وسقاها ثلاث) أخر (ثلاث شربات ، فعلى الأولى الخمس وعلى كل واحدة من الثلاث عشر ، وإن كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فأرضعت كل واحدة من الثلاث) الكبار (الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن في إناء

وسقينه للصغرى حرم الكبار) لأنهن من أمهات نسائه ، (وإن لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت وعليه لكل واحدة ثلث صداقها يرجع به على ضراتها) لتسببهن في استقرار ذلك عليه ، ويسقط السدس الباقي من النصف في نظير فعلها ، لأن كل واحدة منهما ثالثة لضرتيها مشاركة لهما، (لأن إفساد نكاحها حصل بفعلها وفعلهما، وإن كان قد دخل بإحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضاً) لأنها ربيبة زوجة دخل بها ، (ولها) أي الصغيرة (نصف صداقها يرجع به عليهن أثلاثاً) لأنهن تسببن في فساد نكاحها ، (وللتي دخل بها المهر كاملاً) لاستقراره بالدخول ، (وإن حلبن في إناء فسقته إحداهن الصغيرة خمس مرات كان عليه صداق ضرتيها) يعني نصفه (يرجع به عليها) أي الساقية (إن كان قبل الدخول، لأنها فسدت نكاحهما) بسقيها اللبن للصغيرة ، (ويسقط مهرها إن لم يكن دخل بها) أي بالتي سقت، لأن الفرقة من قبلها ، (وإن كان دخل بها فلها مهرها لا يرجع به على أحد) لأنه تقرر بالدخول ، (وإن كانت كل واحدة من الكبار أرضعت الصغيرة خمس رضعات حرم الثلاث) لأنهن من أمهات نسائه ، (فإن كان لم يدخل بهن فلا مهر لهن عليه) لأن الفرقة من جهتهن ، (وإن كان دخل بهن فعليه لكل واحدة مهرها لا يرجع به على أحد) لتقرره بالدخول وكل واحدة هي التي أفسدت نكاح نفسها دون غيرها من الكبار، (وتحرم الصغيرة) لأنها ربيبة قد دخل بأمها، (ويرجع بما لزم من صداقها) وهو نصفة (على المرضعة الأولى) لأنها التي أفسدته .

★ ★ ★

فصـــل

وإذا أرضعت زوجته الأمة امرأته الصغيرة رضاعاً محرماً ، (فحرمتها عليه) بأن كان دخل بالأمة (كان ما لزمه من صداق الصغيرة) وهو نصفه (له في رقبة الأمة) لأن ذلك من جنايتها ، (وإن أرضعتها) أي زوجته الصغيرة (أم ولده حرمتا عليه أبداً) أما الزوجة فلأنها صارت بنته أو ربيبته ، وأما أم الولد فلأنها من أمهات نسائه ، وعليه نصف مهر الصغيرة ، (ولا غرامة عليها) أي على أم الولد، لأنها أفسدت على سيدها ولا يجب له عليها غرم ، (ويرجع على مكاتبته) إن كانت هي المفسدة لنكاح الزوجة الصغيرة، لأنه يلزمها أرش جنايتها ، (وإن أرضعت أم ولده بلبنه امرأة ابنه) رضاعاً محرماً ، (فسخت نكاحها وحرمتها عليه أبداً، لأنها صارت أخته) من الرضاعة ، (وإن أرضعت) أم ولده (زوجة أبيه بلبنه حرمتها عليه) وانفسخ نكاحها ، (لأنها صارت بنت ابنه ويرجع الأب على ابنه بأقل الأمرين مما غرمه لزوجته) وهو نصف صداقها المسمى أو المتعة إن لم يسم لها ، (أو قيمتها ، لأن ذلك من جناية أم ولده) وجنايتها

تضمن كذلك ، وعلم منه أنه لا رجوع للابن على أبيه في المسئلة قبلها ، إذ ليس له طلبه بالدين ونحوه ، (وإن أرضعت أم ولده واحدة منهما) أي من زوجتي ابنه وأبيه (بغير لبن سيدها لم تحرمها عليه) ولم ينفسخ نكاحها ، (لأن كل واحدة منهما صارت بنت أم ولده) وهي غير محرمة عليه

★ ★ ★



وإذا شك في الرضاع أو شك في عدده ، بأن شك هل أرضعته أو لا أو هل أرضعته خمساً أو دونها (بني على اليقين ، لأن الأصل عدم الرضاع في المسئلة الأولى) وهي ما إذا شك في الرضاع ، (و) الأصل (عدم وجود الرضاع المحرم في) المسئلة (الثانية) وهي ما إذا شك في عدده ، (لكن تكون) التي لو ثبت رضاعها خمساً حرم (من الشبهات تركها أولى ، قاله الشيخ) لحديث : « من اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه » .

« تتمة » : قال في المبدع آخر الفصل الثاني من هذا الباب ، وإن شكت المرضعة في الرضاع أو كماله في الحولين ولا بينة فلا تحريم ، (وإن شهد به) أي الرضاع (امرأة واحدة مرضية على فعلها) بأن شهدت أنها أرضعته خمساً في الحولين ، (أو) شهدت امرأة مرضية على (فعل غيرها) بأن شهدت أن فلانة أرضعته خمساً في الحولين ، (أو) شهد بذلك (رجل واحد ثبت) الرضاع (بذلك ولا يمين) على المشهود له ولا على الشاهدة لما روى عقبة بن الحارث قال : « تَزَوَّجُ أمَّ يَحْيَى بِنْتِ أبِي إهَابٍ فَجَاءَتْ أمَةٌ سَوْدَاءُ ، فَقَالَتْ : قَدْ أرْتَضَعْتُكُمَا فَأتَيْت النَّبِيَّ ﷺ فَذَكَرَتُ ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ : وَكَيْفَ وَقَدْ زَعَمَتْ ؟ فَنَهَاهُ عَنْهَا » ، وفي رواية : « دَعْهَا عَنْكَ » [1] رواه البخاري . وقال الزهري : « فُرِّقَ بَيْنَ أهْلِ أبْيَاتٍ فِي زَمَنِ عُثْمَان بِشَهَادَةِ امْرَأةٍ وَاحِدَةٍ » ، ولأن هذه شهادة على عورة فتقبل فيها شهادة النساء منفردات كالولادة ، ولأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فيقبل فيه شهادة المرأة ويؤيده ما روى محمد بن عبد الرحمن بن السلماني عن أمه عن ابن عمر قال : « سُئِلَ النَّبِيُّ ﷺ مَا يَجُوزُ فِي الرَّضَاعِ مِن الشُّهُودِ ؟ فَقَالَ : رَجُلٌ أوْ امْرَأةٌ » رواه أحمد . وقال البيهقي : إسناده ضعيف ، وقد اختلف في متنه والمتبرعة وغيرها ، سواء وغير المرضية لا تقبل . وقال ابن حمدان : إن الظئر إذا قالت : أشهد أني أرضعتهما لم تقبل ، وإن قالت : أشهد أنهما ارتضعا مني قبل ، (وإذا تزوج امرأة ،

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الشهادات ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض.

ثم قال قبل الدخول : هي أختي من الرضاع انفسخ النكاح) وحرمت عليه ، لأنه أقر بما تضمن تحريمها عليه كما لو أقر بالطلاق أو إن أمته أخته من النسب ، (فإن صدقته) أنها أخته من الرضاع ، (أو ثبت) ذلك (ببينة فلا مهر لها) لأنه نكاح باطل من أصله لا تستحق فيه مهراً ، (وإن أكذبته) ولم يثبت ما قاله بالبينة ، (فلها نصف المهر) لأن قوله غير مقبول عليها في إسقاط حقوقها ، وقد جاءت الفرقة من جهته ، (وإن قال) : هي أختي من الرضاع (بعد الدخول انفسخ النكاح ولها المهر) بكل حال، لأنه استقر بالدخول ، (ما لم تقرأنها طاوعته عالمة بالتحريم) لأنها زانية مطاوعة ، (فإن رجع عن ذلك) أي قوله : هي أختي من الرضاع ، (وأكذب نفسه لم يقبل في الحكم) ولو قال: أخطأت، لأنه رجوع عن إقرار بحق لآدمي ، فلم يقبل كما لو أقر لها بمال ، ثم رجع عنه ، (وأما فيما بينه وبين الله ، فإن علم كذب نفسه فالنكاح بحاله) لأن الإقرار الباطل لا يزيل الشيء عن صفته ، (وإن شك) الزوج (في ذلك) أي في كونها أخته من الرضاع (لم يزل عن اليقين بالشك) لأن الأصل الحل ، (فإن قال : هي عمتي) من الرضاع ، (أو) قال : هي (خالتي) من الرضاع ، (أو) قال : هي (ابنة أخي أو ابنة أختي أو أمي من الرضاع وأمكن صدقه ، فهو كما لو قال : هي أختي) من الرضاع على ما سبق تفصيله بلا فرق ، (وإن لم يمكن صدقه) في قوله : هي أمي (مثل أن يقول لمن هي مثله) في السن : هذه أمي أو ابنتي ، (أو) يقول لمن هي (أصغر منه) سناً (هذه) أمي ، (أو) يقول (لأكبر منه) هذه ابنتي ، (أو) يقول (لمثله هذه ابنتي) من الرضاع (لم تحرم عليه) لتحقق كذبه (كما لو قال : أرضعني وإياها سواء ، أو قال) : هذه زوجته (هذه حواء) قال ابن المنجا : ولا بد أن يلحظ أن الزوج لو قال ذلك ، وهي في سن لا يولد مثلها لمثله ، وإن كان أصغر كان كما لو قال ذلك وهي في سنه لتحقق ما ذكر فيه ، (والحكم في الإقرار بقرابة من النسب تحرمها) أي الزوجة (عليه) أي على المقر بأن يقر بأن زوجته أخته من النسب أو عمته أو خالته ، كذلك أو أمه أو بنته لو أمكن ذلك ، (كالحكم في الإقرار بالرضاع) بجامع أنه أقر على نفسه بما ينفسخ به نكاحه ، (وإن ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمه أو ابنته أو أبوه لم تقبل شهادتهم) للمانع وهو قرابة الولادة ، (وإن شهد بذلك) أي بكونها أخته من الرضاع (أمها أو ابنتها أو أبوها قبلت) شهادتهم، لأنها عليها ، لا لها ، (وإن ادعت ذلك) أي أنها أخته من الرضاع (المرأة وأنكرها الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها أو أبوها لم تقبل.) الشهادة لقرابة الولادة ، (وإن شهدت لها أم الزوج أو ابنته أو أبوه قبل) منهم ما شهدت به ، لأنها

شهادة عليه لا له) وفي الترغيب والبلغة ، لو شهد به أي الرضاع (أبوها لم يقبل ، بل) يقبل إن شهد به (أبوه) قال في الإنصاف : يعني (بلا دعوى ، وقاله في الرعايتين) بأن شهد بذلك حسبة ولم تتقدم شهادته دعوى من الزوج ولا من الزوجة ، ووجه ذلك أن النكاح حق للزوج ، فشهادة أبيها بالرضاع تقطعه ، فتكون شهادة لابنته، فلم تقبل ، وشهادة أبيه شهادة عليه ، فقبلت هذا ما ظهر لي ، (وإن كانت الزوجة هي التي قالت : هو أخي من الرضاع فأكذبها ولم تأت بالبينة) قال في الرعاية : وحلف ، (فهي زوجته في الحكم) لأنه لا يقبل قولها في فسخ النكاح ، لأنه حق عليها ، (فإن كان) قولها ذلك (قبل الدخول فلا مهر) لأنها تقر بأنها لا تستحقه ، (وإن كانت قبضته لم يكن للزوج أخذه) منها ، ولا طلبها به ، لأنه يقر بأنه حق لها .

(وإن كان) قولها ذلك (بعد الدخول ، فإن أقرت أنها كانت عالمة أنها أخته ، وبتحريمها عليه وطاوعته في الوطء فلا مهر لها) لإقرارها بأنها زانية مطاوعة ، (وإن أنكرت شيئاً من ذلك فلها المهر) لأنه وطء شبهة ، (وهي زوجته في الحكم) لأن قولها غير مقبول عليه ، (وأما فيما بينها وبين الله ، فإن صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته ولا تمكينه من وطئها) ولا من دواعيه ، لأنها محرمة عليه ، (وعليها أن تفتدي وتفر منه كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثاً وتقدم) قاله في الشرح والمبدع والإنصاف ، (وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل المهرين من المسمى أو مهر المثل) لأنه إن كان المسمى أقل لم يقبل قولها في وجوب الزيادة عليه ، وإن كان مهر المثل أقل من الزائد عليه لا تستحقه ببطلان العقد ، (وإن كان إقرارها بأخوته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه) لاعترافها بتحريمه ، (ولا يقبل رجوعها عن إقرارها في ظاهر الحكم ، وكذلك الرجل إن أقر أن هذه أخته ونحوه) كعمته ، أو خالته، أو بنت أخيه ، أو أخته (قبل النكاح وأمكن صدقه ، لا يحل له أن يتزوج بها بعد ذلك في ظاهر الحكم) مؤاخذة له بإقراره ، (ولو ادعت أمة أخوة السيد بعد وطء لم يقبل) قولها مطلقاً ، لأن تمكينها دليل كذبها ، (و) إن ادعت الأمة أخوة سيدها (قبله) أي قبل الوطء (يقبل) قولها (في تحريم الوطء) احتياطاً ، و(لا) يقبل قولها (في ثبوت العتق) لعدم تحقيق موجبه ، والأصل عدمه ، (وإذا تزوج امرأة لها ابن من زوج قبله) أو اشترى سيد أمة لها ابن من زوج أبانها فوطئها ، (فحملت منه ولم تلد ، ولم يزد لبنها ، أو لم تحمل ، فهو) أي اللبن (للأول) لأن نصف اللبن كان له ، والأصل بقاؤه ، (وإن زاد) اللبن بعد الحمل (زيادة في أوانها) فاللبن لهما ، (فإن أرضعت به طفلاً صار ابناً لهما) كما لو كان الولد منهما ، لأن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر في

أنه منه وبقي لبن الأول يقتضي كون أصله منه ، فوجب أن يضاف إليهما ، (وإن لم يزد) اللبن بالحمل ، (أو زاد قبل أوانه أو لم تحمل وزاد بالوطء) فاللبن (للأول) لما تقدم ، (وإن انقطع لبن الأول ، ثم ثاب بحملها من الثاني فهو لهما) لأن اللبن كان للأول ، فلما عاد بحدوث الحمل . فالظاهر : أن لبن الأول ثاب بسبب الحمل من الثاني، فكان مضافاً إليهما كما لو لم ينقطع ، (ومتى ولدت فاللبن للثاني وحده) إذا زاد ، لأن زيادته بعد الولادة تدل على أنه لحاجة المولود فتمتنع المشاركة فيه ، (إلا إذا لم يزد) اللبن (أو لم ينقص من الأول حتى ولدت ، فهو) أي اللبن (لهما) لأن اللبن الأول أضيف إلى الولد الأول واستمراره على حاله أوجب بقاءه عليه وحاجة الولد الثاني إلى اللبن أوجبت اشتراكهما فيه كالعين إذا لم يدفع المستحق الثاني صاحب اليد عنها يبقي استحقاقه لها ، (وإن ادعى أحد الزوجين على الآخر أنه أقر أنه أخو صاحبه من الرضاع ، فأنكر) المدعي عليه الإقرار (لم يقبل في ذلك شهادة النساء المنفردات لأنها شهادة على الإقرار) وهو مما يطلع عليه الرجال غالباً ، فلا بد فيه من رجلين كالنكاح والقذف ، (ويكره لبن الفاجرة والمشركة) لقول عمرو ابنه (والذمية) كالمشركة (والحمقاء) لقوله ﷺ : « لا تَزَوَّجُوا الحَمْقَاء ، فإنَّ صُحْبَتَها بلاءٌ ، وفي وَلَدِهَا ضَيَاعٌ ، ولا تَسْتَرْضِعُوها فإنَّ لَبَنَهَا يُغَيِّرُ الطِّبَاعَ »[1] ، (والزنجية وسيئة الخلق) فإنهما في معنى الحمقاء (والجذماء والبرصاء) خشية وصول ذلك إلى الرضيع ، وفي المجرد (والبهيمة) لأنه يكون في بلادة البهيمة . وفي الترغيب (وعمياء ، فإنه يقال : الرضاع يغير الطباع) ويؤيده ما سبق في الحديث ، بل يكاد أن يكون ذلك محسوساً ، (ويستحب أن يعطى) الموسر (الظئر) المتبرعة ، كما قيده بعضهم (عند الفطام عبداً أو أمة) مكافأة لها ، فإن كانت أمة استحب له عتقها ، (وتقدم في الإجارة وليس للزوجة أن ترضع غير ولدها إلا بإذن الزوج ، قاله الشيخ) لما فيه من تفويت حقه عليه .



(١) الحديث لم أقف عليه .



كتاب النفقات

وهي جمع نفقة وتجمع على نفاق كثمرة وثمار ، (وهي) في الأصل للدراهم من الأموال .

وشرعاً : (كفاية من يمونه خبزاً وأدماً وكسوة) بضم الكاف وكسرها ، قاله في الحاشية (ومسكناً وتوابعها) أي تابع الخبز والأدم والكسوة والمسكن ، كثمن الماء والمشط والسترة ودهن المصباح والغطاء والوطء ونحوها ، وأصلها الإخراج من النافقاء ، وهو موضع يجعله الضب في مؤخر الجحر رفيعاً يعده للخروج إذا أتى من بابه رفعه برأسه وخرج ، ومنه سمي النفاق ، لأنه خروج من الإيمان أو خروج الإيمان من القلب ، فسمي الخروج نفقة لذلك ، وهي أصناف : نفقة الزوجات ، وهي المقصودة هنا ونفقة الأقارب والمماليك وتأتي .

(ويلزم ذلك) المذكور وهو الكفاية من الخبز والأدم والكسوة وتوابعها (الزوج لزوجته) إجماعاً لقوله : ﴿ لِيُنْفِق ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِه ﴾ [1] الآية . ومعنى « قدر » ضيق، وقوله ﷺ : « فَاتَّقُوا اللهَ في النِّسَاءِ فَإِنكُمْ أَخَذْتُموهُنَّ بِأَمَانَةِ اللهِ وَاستَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللهِ وَلَهُنَّ عَلَيْكُم نَفَقَتَهُنَّ وَكِسوتَهُنَّ بِالمَعْرُوفِ » [2] رواه مسلم . ولأنها محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب ، فوجبت نفقتها عليه كالعبد مع سيده ، (ولو) كانت الزوجة (ذمية) تحت مسلم أو ذمي لعموم ما سبق (بـ) حسب (ما يصلح لمثلها) مع مثله (بالمعروف) لخبر مسلم السابق ، (وهي) أي النفقة (مقدرة بالكفاية) فيجب لها كفايتها مما ذكر ، لحديث هند : « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ » فتختلف باختلاف من تجب له في قدرها للحديث ، فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير ، والكفاية لا تختلف باليسار والإعسار ، وإنما اعتبرهما الشرع في الجنس لا القدر ، (وتختلف) النفقة (باختلاف حال الزوجين) يساراً وإعساراً ، لقوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِه ومَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمّا آتَاهُ اللهُ ﴾ [3] ، (فيعتبر ذلك الحاكم بحالهما عند التنازع) لا وقت العقد ، وإنما اعتبره بحالهما جمعاً بين الأدلة ورعاية لكل من الجانبين ، فكان أولى . وقال القاضي : الواجب رطلان من خبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتباراً بالكفارات ، وإنما يختلفان في صفته وجودته .

---

(١) ، (٣) سورة الطلاق ، الآية : ٧ . (٢) الحديث أخرجه مسلم في أول كتاب النكاح .

(فيفرض) الحاكم (للموسرة تحت الموسر من أرفع خبز البلد) الخاص (ودهنه وأدمه الذي جرت عادة أمثالها بأكله من الأرز واللبن وغيرهما مما لا تكره عرفاً) لأنه ﷺ جعل ذلك بالمعروف ؛ وليس من المعروف إطعام الموسرة خبز المعسرة ، ولأن الله تعالى فرق بين الموسر والمعسر في الإنفاق ، ولم يبين ما فيه التفريق ، فوجب الرجوع إلى العرف ، وأهل العرف يتعارفون فيما بينهم أن جنس نفقة الموسرين أعلى من جنس نفقة المعسرين ويعدون المنفق من الموسرين من جنس المعسرين بخيلاً ، (وإن تبرمت بأدم نقلها إلى أدم غيره) لأنه من المعروف ، (و) يفرض لها (لحماً عادة الموسرين بذلك الموضع ، و) يفرض لها (حطباً وملحاً لطبخه) لأنها لا تستغنى عنه ، (وقدر اللحم رطل عراقي) وتقدم بيانه في أول المياه وهذه طريقة ، وما قدمه أولى أنه مقدر بالكفاية ، (لكن يخالف في إدمانه) قاله في الفروع . قال في المبدع : ولعله مرادهم . (قال في الوجيز وغيره : في الجمعة مرتين) جزم به في الهداية والمذهب ومسبوك الذهب والمستوعب والخلاصة والهادي وغيرهم . وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير وتجريد العناية .

(و) يفرض لها الحاكم من الكسوة (ما يلبس مثلها من حرير وخز) وهو ما سدى بإبريسم ولم يغيره (وجيد كتان وقطن وأقل قميص وسراويل ووقاية وهي ما تضعه فوق المقنعة وتسمى الطرحة ومقنعة ومداس وجبة للشتاء) لأن ذلك أقل ما تقع به الكفاية ، لأن الشخص لا بد له من شيء يواري جسده وهو القميص ، ومن شيء يستر عورته ، وهو السراويل ، ومن شيء على رأسه وهو الوقاية ، ومن شيء في رجله وهو المداس ومن شيء يدفئه وهو جبة للشتاء ، ومن شيء ينام عليه . وقد أشار إليه بقوله : (وللنوم فراش ولحاف ومخدة) بكسر الميم (مشو ذلك بالقطن المنزوع الحب إذا كان عرف البلد) لأنه المعروف (وملحفة للحاف) لأنه معتاد ، (وإزار) تنام فيه إذا كانت العادة جارية بالنوم فيه كأرض الحجاز ونحوها ، (وللجلوس زي وهو بساط من صوف وهو الطنفسة ورفيع الحصر) لأن ذلك ما لا غنى عنه ، (وتزاد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه مما لا غنى عنه) لأن الواجب دفع الحاجة الغالبة (دون ما للتجمل والزينة ، و) يفرض (للمعسرة تحت المعسر من أدنى خبز البلد كخشكار) ضد الناعم (بأدمه الملائم له عرفاً كالباقلاء والخل والبقل والكامخ وما جرت به عادة أمثالها) لأنها إحدى الزوجين ، فوجب اعتبار حالها كالموسرة ، (ودهنه ولحمه عادة ، وفي الوجيز وغيره كالرعاية في اللحم كل شهر مرة ، و) يفرض لها (ما يلبس مثلها أو ينام فيه من غليظ القطن والكتان وللنوم فراش بصوف وكساد أو عباءة) بفتح العين والمد (للغطاء والجلوس بارية أو خيش) على قدر عادتها وعادة أمثالها ، (و) يفرض (للمتوسطة تحت المتوسط

والموسرة مع المعسر والمعسرة مع الموسر المتوسط من ذلك عرفاً) لأن إيجاب نفقة الموسر على المعسر وإنفاق المعسر نفقة الموسر ليس من المعروف وفيه إضرار بصاحبه ، فكان اللائق بحقهما هو المتوسط . قال في المبدع : الموسر من يقدر على النفقة بماله أو كسبه وعكسه المعسر . وقيل : هو الذي لا شيء له ، والمتوسط من يقدر على بعض النفقة بماله أو كسبه . قال ابن حمدان : ومسكين لا زكاة له معسر ومن فوقه متوسط ، وإلا فهو معسر ، (وعليه نفقة البدوية من غالب قوت البادية بالناحية التي ينزلونها ، ويجب) للزوجة (ما يحتاج إليه من الدهن للسراج أول الليل أو غيره) أي كله بحسب عادة بلدهما (على اختلاف أنواعه في بلدانه) فيجب لها (السمن في موضع والزيت في آخر والشحم في آخر والشيرج في آخر) بحسب العرف ، و(لا) يجب دهن المصباح (لأهل الخيام والبادية) لعدم تعارفهم له ، (ولا يجب لها إزار للخروج وهو الملحفة ومثله الخف ونحوه) كالرن ، (لأنه لم يبن أمرها على الخروج) ولأنها ممنوعة من الخروج لحق الزوج ، فلا يجب عليه مؤنة ما هي ممنوعة منه لأجله ، (ولا بد من ماعون الدار) لأنه لا غنى لها عنه ، (ويكتفي بخزف) وهو آنية الطين قبل أن يطبخ وهو الصلصال ، فإذا شوى فهو الفخار ذكره في الحاشية ، (وخشب والعدل ما يليق بهما) أي الزوجين من الآنية ، (وحكم المكاتب والعبد) في النفقة (كالمعسر) لأنهما ليسا بأحسن حالاً منه ، (ومن نصفه حر إن كان موسراً فكمتوسطين وإن كان معسراً فكمعسرين) والواجب عليه نصف نفقته ونصف نفقة زوجته وباقيهما على سيده ، (ولا يجب في النفقة الحب) بل الكفاية من الخبز، لأنه المتعارف وكنفقة العبيد، ولأن الحب يحتاج إلى كلفة ومؤنة، (فلو طلب مكان الخبز حباً أو دراهم أو دقيقاً أو غير ذلك) لم يلزمه بدله ، (أو) طلبت (مكان الكسوة دراهم أو غيرها) من العروض (لم يلزمه بذله) لأن ذلك معاوضة فلا يجبر عليها ، (و) كذا (لا يلزمها قبوله بغير رضاها لو بذله) الزوج أي ما ذكر من بذل الخبز أو الكسوة لما مر ، (وإن تراضيا) أي الزوجان (على ذلك) أي أخذ العوض (جاز) لأنه الحق لا يعدوهما (بخلاف الطعام) في الكفارة فإنه حق لله تعالى، (وليس هو معاوضة حقيقة) لأن الشارع لم يعين الواجب بأكثر من الكفاية فبأي شيء حصلت كان هو الواجب ، وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف، لأنه المتعارف فرجح بذلك ، (و) إذا تراضيا على العوض في النفقة أو الكسوة أو فيهما ، فـ (لكل منهما الرجوع عنه بعد التراضي في المستقبل) لعدم استقراره ، (ولا يملك الاكم فرض غير الواجب كدراهم مثلاً) إلا باتفاقهما ولا يجبر من امتنع منهما . قال في الهدى : وأما فرض الدراهم فلا أصل لها في كتاب ولا سنة ولا نص عليه أحد من الأئمة ، لأنها

معاوضة بغير الرضا عن غير مسقر . قال في الفروع : وهذا متجه مع عدم الشقاق وعدم الحاجة ، فأما مع الشقاق والحاجة كالغائب مثلاً ، فيتوجه الفرض للحاجة إليه على ما يخفي ، (ولا يعتاض عن الماضي) من واجب النفقة (بربوي) لأنه ربا ، (و) يجب (عليه) أي الزوج (مؤنة نظافتها من الدهن) لرأسها (والسدر والصابون وثمن ماء شرب ووضوء وغسل من حيض ونفاس وجنابة ونجاسة وغسل ثياب ، وكذا المشط وأجرة القيمة ونحوه وتبييض الدست وقت الحاجة) إليه ، لأن ذلك يراد للتنظيف كتنظيف الدار المؤجرة ، (ولا يجب عليه) أي الزوج (الأدوية وأجرة الطيب والحجام والفاصد) لأن ذلك يراد لإصلاح الجسم كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار ، (وكذا ثمن الطيب والحناء والخضاب ونحوه) كالاسفيذاج ، لأن ذلك من الزينة ، فلا يجب عليه كشراء الحلي ، (إلا أن يريد منها التزين به) لأنه هو المريد لذلك (أو قطع رائحة كريهة منها) أي يلزمه ما يراد لقطع رائحة كريهة منها كما ذكره في المغني والشرح والترغيب ، (ويلزمها ترك الحناء وزينة نهاها عنه) ذكره الشيخ تقي الدين ، (فإن احتاجت) الزوجة (إلى من يخدمها لكون مثلها لا يخدم نفسها أو لموضعها ولا خادم لها لزمه لها خادم) لقوله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [1] ، ولأنه مما يحتاج إليه على الدوام (حراً أو عبداً بشراء أو كراء أو عارية) لأن المقصود الخدمة كما لو أسكنها داراً بالأجرة أو عارية ، والخادم واحد الخدم يقع على الذكر والأنثى لإجرائه مجرى الأسماء غير المأخوذة من الأفعال كحائض وعاتق ذكره في الحاشية ، (ولا يلزمه) أي الزوج (أن يملكها إياه) أي الخادم ، لأن الواجب عليه الإخدام لا التمليك ، فإن ملكها إياه فقد زادها خيراً ، (ولا إخدام) عليه (لرقيقة ، ولو كانت جميلة) لأنها ليست كالزوجة ، (فإن طلبت) الزوجة (منه أجر خادمها فوافقها جاز) لأن الحق لا يعدوهما (وإن أبى) الزوج ذلك (وقال : أنا آتيك بخادم سواه فله ذلك إذا أتى بمن يصلح لها) لأنه الواجب عليه ولا يجبر على المعاوضة ، (ولا يكون الخادم إلا ممن يجوز له النظر إليها) أي إلى الزوجة (إما امرأة أو ذو رحم محرم) لأن الخادم يلزم المخدوم في غالب أحواله فلا يسلم من النظر ، (فإن كان الخادم ملكها كان تعيينه إليهما) أي إلى الزوجين ، فإذا رضيت بخدمته ونفقته على الزوج ورضي بذلك جاز ، لأن الحق لا يعدوهما ، (وإن كان) الخادم (ملكه أو استأجره أو استعاره فتعيينه إليه) لأن أجرته عليه فيكون عليه تعيينه ، (ويجوز أن تكون) الخادم (كتابية) لأنها يجوز لها النظر للمسلمة كما تقدم ، (ويلزمها) أي الزوجة (قبولها) أي الكتابية ، لأنها تصلح

---

(١) سورة النساء ، الآية : ١٩ .

للخدمة ، (وله تبديل خادم ألفتها) الزوجة ، لأن التعيين إليه ، (ولا يلزم) الزوج (أجرة من يوضيء) زوجة (مريضة) بخلاف رقيقه المريض الذي لا يمكنه الوضوء بنفسه (وتلزم نفقة الخادم وكسوته بقدر نفقة القفيرين) لأنه معسر وحاله حال المعسرين (إلا في النظافة فلا يجب عليه لها) أي الخادم (ما يعود بنظافتها ولا مشط ودهن وسدر لرأسها) لأن ذلك يراد للزينة والتنظيف ، وهذا غير مراد من الخادم ، (فإن احتاجت) الخادم (إلى خف وملحفة لحاجة الخروج لزمه) ذلك لدعاء الحاجة إليه (إلا إذا كانت) الخادم (بأجرة ، أو) كانت (عارية ، فـ) نفقتها وما تحتاج إليه (على مؤجر ومعير) لأن المكري ليس له إلا الأجرة والمعير لا تسقط عنه نفقة ملكه بإعارته ، (ولا يلزمه) أي الزوج (أكثر من نفقة خادم واحد) لأن المستحق خدمتها في نفسها ، وذلك يحصل بالواحد وما زاد إنما هو للتجمل أو نحوه ، وليس بواجب عليه ، (فإن قالت) لزوجها: (أنا أخدم نفسي وآخذ ما يلزمك لخادمي لم يلزمه) ذلك ، لأن الأجرة عليه فتعين الخادم إليه . (وإن قال) الزوج : (أنا أخدمك) بنفسي (لم يلزمها قبوله) لأنها تحتشمه وفيه غضاضة عليها لكون زوجها خادماً لها ، (ولو أرادت من الإخدام لها أن تتخذ خادماً وتنفق عليه من مالها فليس لها ذلك إلا بإذن الزوج) لها فيه ويلزمه مؤنسة لحاجة.

★ ★ ★

فصل

ويجب عليه نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها ومسكنها كالزوجة فيما تقدم ، (سواء) لقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [1] ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره أشبه ما قبل الطلاق (إلا فيما يعود بنظافتها) لأنها غير معتدة للاستمتاع ، (فأما البائن بفسخ أو طلاق ، فإن كانت حاملاً فلها النفقة) لقوله تعالى : ﴿ وإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حتى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [2] (تأخذها كل يوم قبل الوضع) للآية ، (ولا السكنى) لقوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ﴾ [3] .

(و) لها (الكسوة) لدخولها في النفقة ، ولأن الحمل ولده والإنفاق عليه دونها متعذر ، فوجب كما وجبت أجرة الرضاع، (وإن لم تكن) البائن (حاملاً فلا شيء لها)

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٢٨ .
(٢) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .
(٣) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

لقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس : « لَيْسَ لَكِ نَفَقَةٌ »[1] رواه البخاري ومسلم ، وزاد : «ولا سُكْنَى » ، وفي لفظ قال النبي ﷺ : « اَنْظُرِي يَا ابْنَةَ قيس إنما النفقة للمرأة على زوجها فكانت له عليها الرجعة ، فإنه لم يكُنْ له عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ فَلا نَفَقَةَ وَلا سُكْنَى » رواه أحمد والحميدي . وقول عمر بوجوب السكنى لها خالفه عليّ وابن عباس وجابر ، (فإن لم ينفق عليها يظنها حائلاً ، ثم تبين أنها حامل فعليه نفقة ما مضى) لأنا تبينا استحقاقها له فرجعت به عليه كالدين ، (سواء قلنا : النفقة للحمل أو لها من أجله في ظاهر كلامهم) وقال ابن حمدان : إن قلنا : النفقة لها وجبت ، وإلا فلا ، (وعكسها) بأن أنفق عليها يظنها حاملاً فبانت حائلاً (يرجع عليها) لأنا تبينا عدم استحقاقها ، أشبه ما لو قضاها ديناً ، ثم تبين براءته منه ، (وإن ادعت) بائن (أنها حامل أنفق عليها) مبينها (ثلاثة أشهر) من ابتداء زمن ذكرت أنها حملت منه بنظير ما أنفق ، (فإن مضت) الثلاثة أشهر ، (ولم يبن) حملها (رجع عليها ، إلا أن تظهر براءتها قبل ذلك) أي قبل مضي الثلاثة أشهر (بحيض أو غيره فيقطع النفقة) عنها لتبين عدم الحمل (سواء دفع إليها بحكم حاكم أو بغير شرط أنها نفقة ، أو لم يشرط) ذلك ، لأن الحمل يتبين بعد ثلاثة أشهر وقرينة الحال دالة أنه إنما دفع إليها على وجه النفقة ، (وإن ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها أكثر من مدة عدتها رجع عليها بالزيادة) لتبين عدم استحقاقها لها ، (ويرجع في) قدر (مدة العدة إليها) لأن ذلك لا يعلم إلا من جهتها ، (ولا يرجع بالنفقة في النكاح الفاسد إذا تبين فساده ، سواء كانت النفقة قبل مفارقها أو بعدها) لأنه إن كان عالماً بعدم الوجوب فهو متطوع بالإنفاق ، وإن لم يكن عالماً فهو مفرط فلم يرجع بشيء ، (كما لو أنفق على أجنبية) بلا إذنها لأنه متبرع ، (وتجب) النفقة على المبين (للحمل لا لها) أي البائن (من أجله) أي الحمل، لأنها تجب بوجود الحمل ، (وتستحق) البائن (قبضها) أي النفقة (والتصرف فيها) وكذلك صحت مخالعتها عليها كما تقدم ، (فتجب) النفقة (على زوج لـ) زوجة (ناشز حامل وللملاعنة حامل) لأن النفقة للحمل وهو ولده ، (ولو نفاه لعدم صحة نفيه) ما دام حملاً ، (فإن نفاه بعد وضعه ، فلا نفقة في المستقبل) لانقطاع نسبه عنه ، (فإن استلحقه) للملاعن بعد نفيه لحقه نسبه ، و(رجعت عليه الأم بما أنفقته ، وبأجرة المسكن والرضاع ، سواء قلنا : النفقة للحمل أو لها من أجله) لأنا تبينا أنها كانت مستحقة عليه ، فوجب عليه أداؤها كما لو كان عليه دين لم يعلمه ثم علمه ، (وتجب) النفقة

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الطلاق ، باب قصة فاطمة بنت قيس ، وأخرجه مسلم في كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاثاً .

(لحامل من وطء شبهة أو نكاح فاسد على الوطيء) لأنه لاحق به والنفقة له ، (و) تجب النفقة (لملك يمين على السيد ، ولو عتقها) وهي حامل ، لأنه ولده ، (و) تجب نفقة الحامل من زوج ميت (على وارث زوج ميت) للقرابة إذا لم يكن للحمل مال ، (و) تجب (من مال حمل موسر فتسقط عن أبيه) وعن وارثه ، لأن الموسر لا تجب نفقته على غيره ، (وإن تلفت) النفقة بيد حامل من المذكورات (من غير تفريط) منها (وجب) على من قلنا عليه نفقة حملها (بدلها) لأن ذلك حكم نفقة الأقارب ، (ولا تجب) نفقة الحمل (على زوج رقيق ولا معسر ولا غائب) لأنها نفقة قريب ، (فلا تثبت في الذمة كنفقة الأقارب وتسقط بمضي الزمان) كنفقة الأقارب (ما لم تستدن بإذن حاكم أو تنفق بنية الرجوع إذا امتنع من الإنفاق من وجب عليه) لإنفاق على الحمل لكونها قامت عنه بواجب ، (لا تجب) نفقة الحمل (على من لا يلحقه نسب الحمل كزان) لعدم القرابة ، (ولا) تجب نفقة الحمل (على وارث) الحمل (مع عسر زوج) لاحق به الحمل لحجبهم به . قلت : إلا أن يكون الوارث من عمودي النسب فتجب عليه مع يساره كما يأتي نظيره في نفقة الأقارب ، (ولا تجب فطرة حامل مطلقة) وإن قلنا : تجب نفقتها للحمل وفطرته غير واجبة ، بل تستحب .

(ولا يصح جعل نفقة الحامل عوضاً في الخلع، لأن النفقة ليست لها) بل للحمل فلا تعارض لها ، هذا معنى كلام الشيرازي ، وقال القاضي والأكثرون : يصح على الروايتين وجزم به المصنف في الخلع ، لأنها في حكم المالكة لها لأنها التي قبضتها وتستحقها وتتصرف فيها ، فإنها في مدة الحمل هي المالكة لها وبعد الولادة هي أجرة رضاعها وهي الآخذة لها ، (ولو وطئت الرجعية بشبهة ، أو) وطئت (بنكاح فاسد ثم بان بها حمل يمكن أن يكون من الزوج ، و) من (الوطء) بنكاح فاسد (فعليهما) أي الزوج والواطيء الأجرة (حتى تضع ، و) عليهما النفقة (بعد الوضع حتى ينكشف الأب منهما) ويتميز ، (ومتى ثبت نسبه) أي الحمل (من أحدهما) أي الزوج أو الواطيء بشبهة أو بنكاح فاسد (رجع عليه الآخر) الذي لم يلحق به (بما أنفق) عليه ، لأنه أدى عنه شئاً هو واجب عليه بناء على أنه واجب على الدافع فرجع عليه به ، لأنه قام عنه بواجب .

(تتمة) : قال في المبدع : فإن وطئت زوجته فحملت فالنفقة على الواطيء إن وجبت للحمل ولها على الأصح إن كانت مكرهة أو نائمة ، وإن كانت مطاوعة تظنه زوجها فلا (ولا نفقة من التركة لمتوفي عنها زوجها ولو) كانت (حاملاً) لأن النفقة للزوجة تجب للتمكين من الاستمتاع ، وقد فات (ونفقة الحمل من نصيبه) فينفق عليها من نصيبه كما

نقله الكمال في حمل أم الولد ، واستشكله المجد بأن الحمل إنما يرث بشرط خروجه حياً ويوقف نصيبه فكيف يتصرف فيه قبل تحقق الشرط ؟ ويجاب : بأن هذا النص يشهد لثبوت ملكه من حين موت مورثه وإنما خروجه حياً يتبين به ذلك ، فإذا حكمنا له بالملك ظاهراً جاز التصرف فيه بالنفقة الواجبة عليه وعلى من لزمه نفقته لا سيما والنفقة على أمه يعود نفعها إليه كما يتصرف في مال المفقود ، (ولا) نفقة (لأم ولد حامل وينفق) عليها (من مال حملها نصاً) كما تقدم وفيه ما سبق ، (ولا سكنى لهما) أي للمتوفي عنها زوجها ولو حاملاً وأم الولد الحامل ، (ولا كسوة) لما تقدم في النفقة ، وفي المغني في المتوفي عنها إن مات وهي في مسكنه قدمت به ، ويستدل له بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ ﴾ [1] الآية لنسخ بعض المدة وبقي ما فيها على الوجوب ولو لم تجب السكنى للفريعة لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم ، وجوابه : أن الآية منسوخة وقصة فريعة قضية عين .

(ولا تجب النفقة في النكاح الفاسد) لأن وجود العقد كعدمه (لغير حامل) فإن كانت حاملاً فالنفقة للحمل ، (ولا) تجب النفقة (لـ) زوجة (ناشز غير حامل) لأن النفقة في نظير تمكينها من الاستمتاع والناشز غير ممكنة ، (فإن كان لها) أي الناشز (ولد أعطاها نفقة ولدها إن كانت هي الحاضنة له أو المرضعة) له ، لأن نفقته ليست في نظير التمكين ، بل للقرابة وهي موجودة مع نشوز أمه ، (ويعطيها أيضاً أجرة رضاعها إن طالبت بها) وإن كانت في حباله لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [2] والناشز العاصية لزوجها ، (فمن امتنعت من فراشه أو) من (الانتقال معه إلى مسكن مثلها أو خرجت) من منزله بغير إذنه ، (أو سافرت أو انتقلت من منزله بغير إذنه أو أبت السفر معه إذا لم تشترط بلدها فهي ناشز) وتقدم بيانه .

★ ★ ★

فصل

ويلزمه أي الزوج دفع القوت أي الخبز والأدم (إلى الزوجة) لا بد له ولا حب إن لم يتراضيا عليه (في صدر كل نهار ، وذلك إذا طلعت الشمس) لأنه أول وقت الحاجة ، (فإن اتفقا) أي الزوجان (على تأخيره) أي القوت عن طلوع الشمس ، (أو) على (تعجيله لمدة قليلة أو كثيرة جاز) لأن الحق لهما لا يخرج عنهما كالدين وتملكه بقبضه ، قاله في الترغيب ، (واختار الشيخ : لا يلزمه تمليك ينفق ويكسو بحسب العادة . انتهى

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٤ .
(٢) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

ولو أكلت) الزوجة (مع زوجها عادة سقطت نفقتها) عملاً بالعرف، (وكذا إن كساها) الزوج (بدون إذنها ، و) بدون (إذن وليها) إن كانت سفيهة أو مجنونة أو صغيرة يوطأ مثلها عملاً بالعادة ، (ونوى أن يعتد لها) أي بالنفقة أو الكسوة ، فإن لم ينو لم يعتد بها ، ذكره في الرعاية ، وهو ظاهر كلامه في المغني ، وقال في الإنصاف : إن لم يتبرع سقطت عنه مطلقاً على الصحيح من المذهب ، صححه في الفروع وقطع به المصنف فيما يأتي قريباً ، (وإن رضيت) الزوجة (بالحب لزمه أجرة طحنه وخبزه) لأنه من مؤنته ، وكذا ينبغي أن يقال في نفقته القريب : (فإن طلب أحدهما دفع القيمة على النفقة أو الكسوة لم يلزم الآخر) إجابته، لأنها معاوضة ، (وتقدم) ذلك (أول الباب، ويلزمه) أي الزوج (كسوتها في كل عام مرة) لأنه العادة ، (ويلزم الدفع) للكسوة (في أوله) أي العام ، (لأنه أول وقت الوجوب) وقال الحلواني وابنه وابن حمدان في أول الصيف كسوة ، وفي أول الشتاء كسوة ، ولعله مراد الواضح بقوله : كل نصف سنة (وتملكها) أي الكسوة بالقبض (مع نفقة) أي وتملك النفقة أيضاً (بالقبض) كما يملك رب الدين دينه بقبضه (وغطاء ووطاء ونحوهما) كستارة (ككسوة) فيجب كل عام وتملكه بقبضه ، واختاره ابن نصر الله أنه كماعون الدار بحسب الحاجة ، (ولا تملك) الزوجة (المسكن وأوعية الطعام والماعون والمشط ونحو ذلك) لأنه إمتاع ، قاله في الرعاية ، (وإن أكلت) الزوجة (معه) أي الزوج (عادة أو كساها بلا إذن) منها أو من وليها ، (ولم يتبرع سقطت) كما تقدم ، (و) إن اختلفا في نية التبرع فـ (القول قوله في ذلك) أي أنه لم ينو التبرع ، لأن الأصل عدمه وهو أدرى بنيته ، (فإذا قبضتها) أي النفقة أو الكسوة ، (فسرقت أو تلفت أو بليت لم يلزمه عوضها) لأنها قبضت حقها ، فلم يلزمه غيره كالدين إذا وفاها إياه ثم ضاع منها ، لكن لو بليت في الوقت الذي يبلى فيه مثلها لزمه بدلها ، لأن ذلك من تمام كسوتها ، وإن لم يمض زمن تبلى فيه عادة ، وإنما بليت قبله لكثرة خروجها ودخولها فلا أشبه ما لو أتلفتها ، وإن مضى زمن يبلى فيه مثلها بالاستعمال ولم تبل فوجهان : أحدهما : لا يلزمه بدلها ، لأنها غير محتاجة للكسوة ، والثاني : بلى ، لأن الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة ، ذكره في المبدع .

(وإذا انقضت السنة وهي) أي الكسوة (صحيحة فعليه كسوة السنة الأخرى) لأن الاعتبار بمضي الزمان دون بقائها بدليل ما لو تلفت ، (وإن مات) الزوج قبل مضي السنة ، (أو ماتت أو بانت قبل مضي السنة) رجع بقسطه ، (أو تسلفت) أي تعجلت (النفقة أو الكسوة فحصل ذلك) أي مات أو ماتت أو بانت (قبل مضيها) أي مضي

المدة التي تسلفت نفقتها أو كسوتها (رجع بقسطه) لتبين عدم وجوبه عليه ، (لكن لا يرجع) من عجل نفقة ثم سقطت (ببقية يوم الفرقة إلا على ناشز) لأن عليها أن لا تعطيه شيئاً بأن ترجع إلى الطاعة . قال في شرح المنتهى : والأظهر أنه إن أعادها أي غير ناشز في ذلك اليوم لم تلزمه نفقة ثانياً ، (وإذ قبضت) الزوجة (النفقة) أو الكسوة (فلها التصرف فيها على وجه لا يضر بها ولا ينهك) بفتح الهاء أي يجهد (بدنها) لأنها ملكتها بالقبض ، (فيجوز لها بيعها وهبتها والصدقة بها وغير ذلك ، فإن عاد) التصرف (عليها بضرر في بدنها أو نقص في استمتاعها لم تملكه) لأنه يفوت حقه بذلك ، (فإذا دفع إليها الكسوة فأرادت بيعها أو الصدقة بها ، وكان ذلك يضر بها أو يخل بتحملها بها ، أو) خل (بسترتها لم تملك ذلك) لما فيه من تفويت حق الزوج أو حق الله ، (ولو أهدى لها كسوة لم تسقط كسوتها) كما لو أهدى المدين لرب الدين شيئاً لم يسقط دينه به ، (ولو أهدى لها طعاماً فأكلته وبقي قوتها إلى الغد لم يسقط قوتها فيه) أي في الغد ، لأن الاعتبار بمضي الزمان لا بحقيقة الحاجة كما تقدم بخلاف نفقة القريب ، لأنها امتناع بحسب الحاجة ، (وإن غاب) الزوج (مدة ولم ينفق فعليه نفقة ما مضى سواء تركها) أي النفقة (لعذر أو غيره فرضها حاكم أو لم يفرضها) حاكم لما روى الشافعي بسنده عن ابن عمر : « أنَّ عُمَرَ كَتَبَ إلى أمراء الأجناد فِي رِجالٍ غَابُوا عِنْ نِسَائِهِمْ فَأمَرَهُمْ أنْ يأخُذُوهُمْ بأنْ يُنْفِقُوا أوْ يُطَلِّقُوا فَإنْ طَلَّقُوا بَعَثُوا بِنَفَقَةِ مَا مَضى» ورواه البيهقي أيضاً . قال ابن المنذر : هو ثابت عن عمر ، ولأنه حق لها ، وجب عليه بحكم العوض فرجعت به عليه كالدين . قال ابن المنذر : هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ، ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها والكسوة والسكنى كالنفقة ، ذكره في الرعاية الكبرى ، (وإذا أنفقت) الزوجة (في غيبته من ماله فبان) الزوج (ميتاً رجع عليها الوارث) بما أنفقته منذ مات ، لأن وجوب النفقة ارتفع بموت الزوج فلا تستحق ما قبضته من النفقة بعد موته . قال أبو العباس : وعلى قياسه كل من أبيح له شيء وزالت الإباحة بفعل الله أو بفعل المبيح كالمعير إذا مات أو رجع ، والمانح وأهل الموقوف عليه ، (وإن فارقها) الزوج بائناً (في غيبته فأنفقت من ماله رجع) الزوج (عليها بما بعد الفرقة) الثانية لما سبق ، (وتقدم معناه في العدد في امرأة المفقود إذا أنفقت) من ماله ثم ظهر أنه كان مات أو طلق . انتهى .

★ ★ ★

فصـــل

وإذا بذلت الزوجة (تسليم نفسها البذل التام) بأن لا تسلم في مكان دون آخر أو بلد دون آخر ، بل بذلت نفسها حيث شاء مما يليق بها ، (وهي ممن يوطأ مثلها) كذا أطلقه المصنف هنا تبعاً للخرقي وأبي الخطاب وابن عقيل والموفق والشيرازي وأناط القاضي ذلك بابنة تسع سنين وتبعه في المحرر والوجيز ، وهو مقتضى نص أحمد في رواية صالح وعبد الله ، وسئل متى يؤخذ من الرجل نفقة الصغيرة ، فقال : إذا كان مثلها يوطأ كبنت تسع سنين ، ويمكن حمل الإطلاق على هذا لقول عائشة : « إذَا بَلَغَت الجَارِيَةُ تِسْعاً فهِيَ امْرَأَةٌ» ، (أو بذله) أي التسليم (وليها أو استلم من يلزمه تسلمها) وهي التي يوطأ مثلها (لزمته النفقة والكسوة كبيراً كان الزوج أو صغيراً) وسواء كان (يمكنه الوطء أو لا يمكنه كالعنين والمجبوب والمريض) لأن النفقة تجب في مقابلة الاستمتاع ، وقد أمكنته من ذلك كالمؤجر إذا أسلم المؤجرة أو بذله وعلم منه أن النفقة لا تجب بالعقد ولو تساكنا طويلاً ، ويأتي ما لم تبذل وتسلم فتجب (حتى ولا تعذر وطؤها لمرض أو حيض أو نفاس أو رتق أو قرن أو لكونها نضوة الخلق) أي هزيلة (أو حدث بها شيء من ذلك) أي المرض أو الحيض أو النفاس أو الرتق ونحوه (عنده) أي الزوج، لأن الاستمتاع ممكن ولا تفريط من جهتها ، ولو بذلت الصحيحة الاستمتاع بما دون الفرج لم تجب نفقتها ، (لكن لو امتنعت من التسليم) وهي صحيحة (ثم حدث لها مرض فبذلته) أي التسليم (فلا نفقة) لها ما دامت مريضة عقوبة عليها بمنعها نفسها في حالة التمكن من الاستمتاع بها فيها وبذلها في ضدها ، (وتقدم أول عشرة النساء إذا ادعت عبالة ، ذكره) وعظمه أي أنه يجوز أن تنظر المرأة إليهما حال اجتماعهما ، لأنه موضع حاجة ، وكذا لو ادعت أن عليها ضرراً في وطئه لضيق فرجها أو قروح به قبل بامرأة ثقة ، (فإن كان الزوج صغيراً) فالنفقة عليه كالكبير ، لأن الاستمتاع بها ممكن ، وإنما تعذر بسبب من جهة الزوج أشبه الكبير إذا هرب أو (أجبر وليه على نفقتها من مال الصبي) لأنها عليه والولي ينوب في أداء الواجبات كالزكاة ، وكذا السفيه والمجنون ، (وإن كانت) الزوجة (صغيرة لا يمكن وطؤها وزوجها طفل أو بالغ لم تجب نفقتها ولو مع تسليم نفسها) أو بتسليم وليها لها، لأنها ليست محلاً للاستمتاع بها فلا أثر لتسليمها.
قلت : لو زوج الولي الصغيرة التي لا يوطأ مثلها وأراد تسليمها مضارة لإسقاط حق الحضانة لم يملك ذلك كما لو أراد السفر بقصد المضارة على ما يأتي في الحضانة ، (وإن بذلت) زوجة أو بذل وليها (تسليم نفسها والزوج غائب لم يفرض لها) النفقة (حتى

يراسله حاكم الشرع) لأنها بذلت في حال لا يمكنه التسليم فيه ، (فيكتب) القاضي (إلى حاكم البلد الذي هو) أي الزوج (فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك) أي زوجته بذلت لتسليم نفسها ، (فإن سار) الزوج (إليها أو وكل من يتسلمها) له ممن يحل له ذلك كمحرمها ، (فوصل فتسلمها هو) أي الزوج (أو نائبه وجبت النفقة) حينئذ ، لأن البذل قبل ذلك وجوده كعدمه ، (فإن لم يفعل) الزوج إن لم يحضر أو من يوكل من يتسلمها (فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكن الوصول إليها وتسلمها) لأنه امتنع من تسلمها مع إمكانه وبذلها له ، فلزمته نفقتها كما لو كان حاضراً ، (وإن غاب) الزوج (بعد تمكينها) من نفسها (فالنفقة واجبة عليه في غيبته) سواء سلمها أو لا إذ المانع منه (وإن منعت) الزوجة (تسليم نفسها) فلا نفقة لها ، (أو منعها) أي الزوجة (أهلها) من تسليم نفسها فلا نفقة لها (أو تساكتا) أي الزوجان (بعد العقد فلم تبذل) الزوجة نفسها ، (ولم يطلب) الزوج زوجته ، (فلا نفقة لها وإن طال مقامها على ذلك) لأن البذل شرط لوجوب النفقة ولم يوجد ، (وإن بذلت) نفسها (تسليماً غير تام كتسليمها في منزلها دون غيره) من المنازل ، (أو) تسليمها (في المنزل الفلاني دون غيره ، أو) تسليمها (في بلدها) أو بلد كذا (دون غيره لم تستحق شيئاً إلا أن تكون قد اشترطت ذلك في العقد) لأن هذا التسليم كعدمه ، (وإن منعت نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها الحال فلها ذلك) لأن تسليمها قبل تسليم صداقها يفضي إلى تسليم منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا تسلم صداقها ، فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها ، بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بثمنه فإنه يمكنه الرجوع فيه ، (ووجبت نفقتها) لأنها فعلت ما لها أن تفعله ، ولو منعت نفسها لمرض لم يكن لها نفقة ، والفرق بينهما أن امتناعها لقبض صداقها امتناع من جهة الزوج فهو يشبه تعذر الاستمتاع لصغر الزوج ، بخلاف الامتناع لمرضها ، لأنه امتناع من جهتها فهو يشبه تعذر الاستمتاع لصغرها ، (وليس لها منع نفسها بعد الدخول حتى تقبضه) أي حال الصداق، كما لو سلم المبيع ثم أراد منعه منه ، (ولا) لها أن تمنع نفسها (قبله) أي قبل الدخول (حتى تقبض) الصداق (المؤجل) لأن قبضه ليس بمستحق فيكون منعها للتسليم الموجب للنفقة فلم تجب حتى (ولو حل قبل الدخول) ليس لها منع نفسها ، لأنها أدخلت الضرر على نفسها حيث رضيت بتأخيره ، (فإن فعلت) أي منعت نفسها حيث قلنا : ليس لها منعها ، (فلا نفقة لها) لعدم التمكين بلا عذر من قبله ، (وإن سلم) الزوجة (الأمة) لزوجها (سيدها ليلاً ونهاراً فكحرة في وجوب النفقة) على زوجها الحر ، (ولو أبى الزوج) لأن سيدها مكن منها فأشبهت الحرة ، (وتقدم معناه

في عشرة النساء ، وإن كانت) الأمة المزوجة (عنده) أي الزوج (ليلاً فقط ، فعليه نفقة الليل من العشاء وتوابعه كالوطاء والغطاء ودهن المصباح ونحوه) كإزار النوم ، (ونفقة النهار على سيدها) لأنها مملوكته فلم تجب نفقتها على غيره في هذا الزمن بخلاف نفقة الليل ، لأنه وجد في حقه التمكين ليلاً فوجبت نفقته عليه ، (ولو سلمها السيد) للزوج (نهاراً فقط لم يكن له ذلك) لعدم حصول الغرض ، إذ النهار محل المعاش والليل محل السكن . قلت : إلا من معيشته بليل كأن يكون حارساً ، (وعلى المكاتب نفقة زوجته) حرة كانت أو أمة، لأنه يملك كسبه أشبه الحر ، (ونفقة امرأة العبد القن) أو المدبر (على سيده) لأنه أذن في النكاح المفضي إلى إيجابها كما لو أذنه في الاستدانة، (فإن كان بعضه) أي الزوج (حراً فعليه من نفقتها) أي الزوجة (بقدر ما فيه من الحرية وباقيها على سيدها) كنفقته .

★ ★ ★

(فصل في حكم نفقة الناشز)[1]

وإذا نشزت المرأة فلا نفقة لها ، لأنها في مقابلة التمكين ، وقد زال بخلاف المهر فإنه وجب بالعقد ، (أو سافرت) بغير إذن فلا نفقة لها ، لأنها ناشز ، (أو انتقلت من منزله) بغير إذنه فلا نفقة لها لنشوزها ، (وإن) أي ولو (كان) خروجها من منزله (في غيبته بغير إذنه) فلا نفقة لما تقدم ، (أو تطوعت بحج أو) تطوعت بـ (صوم منعته فيه نفسها أو أحرمت بحج منذور في الذمة) فلا نفقة لها ، لأنها في معنى المسافرة ولما فيه من تفويت الاستمتاع الواجب للزوج ، فإن أحرمت بإذنه ، فقال القاضي : لها النفقة . والصحيح أنها كالمسافرة، لأنها بإحرامها مانعة له من التمكين . قال في المبدع : (أو لم تمكنه من الوطء أو مكنته منه) أي الوطء (دون بقية الاستمتاع) كالقبلة والمباشرة (أو لم تبت معه في فراشه) فلا نفقة لها ، لأنها لم تسلم نفسها التسليم التام (أو لزمتها عدة من غيره) بأن وطئت بشبهة إن طاوعت إلا إن كانت مكرهة أو نائمة (فلا نفقة لها) لأنها ناشز ، (وسواء فيه) أي فيما تقدم ذكره (البالغة والمراهقة والعاقلة والمجنونة قدر الزوج على ردها إلى الطاعة أم لا) لأن النفقة في مقابلة التمكين ، فحيث لم يوجد سقطت ، (فإن أطاعت الناشز في غيبته) أي الزرج (لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره) أي الزوج ، (أو حضور وكيله) إذ لا يتصور التسليم في غيبتهما ، (فإن لم يحضر) الزوج ولا وكيله ، (وروسل) أي راسله الحاكم بأن كتب إلى قاضي بلده يعلمه بطاعتها (فعلم بذلك ومضى زمن يقدم في مثله لزمته) النفقة كما تقدم، فيمن بذلت نفسها ابتداء ، (وله) أي الزوج (تفطيرها في صوم التطوع ووطؤها

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

فيه) لأن حقه واجب وهو متقدم على التطوع ، (فإن امتنعت) الصائمة تطوعاً من تمكين زوجها من وطئها (فناشز) لا نفقة لها لمعصيتها إياه فيما وجب عليها ، (وبمجرد إسلام مرتدة) في غيبته بعد الدخول في العدة تعود نفقتها ، (و) بمجرد إسلام (متخلفة عن الإسلام في غيبته) أي الزوج (لزمت النفقة) لأن الردة وتخلفها عن الإسلام أسقط النفقة، لحصول الفرقة بينهما كسقوطها بالطلاق، فإذا رجعت عن ذلك عاد النكاح إلى حاله فعادت النفقة ، بخلاف الناشز ، فإن سقوط نفقتها بخروجها عن يده أو منعها له من التمكين المستحق عليها ، ولا يعود ذلك إلا بعودها إلى يده وتمكنه منها ، ولا يحصل ذلك في غيبته ، ولذلك لو بذلت لتسليم نفسها قبل دخوله بها وهو غائب لم تستحق النفقة بمجرد البذل ، (ويشطر) النفقة (لناشز ليلاً فقط أن تطيعه نهاراً) وتمنعه ليلاً ، (أو) ناشز (نهاراً فقط بـ) أن تطيعه ليلاً وتمتنع منه نهاراً ، أي تعطي نصف النفقة في الصورتين ، و(لا) تعطي من النفقة (بقدر الأزمنة) لعسر التقدير بالأزمنة (ويشطر لها) النفقة أيضاً إذا نشزت (بعض يوم) أو بعض ليلة كما في المنتهى لما تقدم ، (ولو صامت لكفارة) بلا إذنه فلا نفقة لها ، (أو) صامت لـ (ـنذر أو قضاء رمضان ووقته متسع فيهما) أي في النذر وقضاء رمضان (بلا إذنه) فلا نفقة لها ، لأنها منعت نفسها عنه بسبب لا من جهته ، (أو سافرت لتغريب) بأن زنت فغربت (أو حبست ولو ظلماً فلا نفقة لها) زمن تغريبها ، أو حبسها لفوات التمكين المقابل للنفقة ، (وله) أي الزوج (البيتوتة معها في حبسها) لأن حقه ثابت في البيتوتة معها فلا يسقط بحبسها ، (وإن حبسته) أي الزوج (على صداقها أو غيره من حقوقها وهو معسر كانت ظالمة مانعة له من التمكين فلا نفقة لها مدة حبسه) لأن المانع من جهتها ، (وإن كان) الزوج (قادراً على أدائه) أي أداء ما حبسته عليه من حقوقها (لمنعه بعد الطلب فلها النفقة مدة حبسه إذا كانت باذلة للتمكين ، قاله الشيخ) لأن المنع منه لا منها ، (وإن سافرت) الزوجة (بإذنه) أي الزوج (في حاجته) فلها النفقة ، لأنها سافرت في شغله ومراده ، (أو أحرمت بحجة الإسلام أو عمرته) فلها النفقة أو أحرمت بمكتوبة في وقتها فلها النفقة ، لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع ، فكان كصيام رمضان وكذا السنن المكتوبة ، لأنها تابعة لها ، (أو طردها) الزوج (وأخرجها من منزله فلها النفقة) لوجود التمكين منها ، وإنما المانع منه ومحل وجوب النفقة فيما إذا أحرمت بحجة الإسلام أو عمرته (إن أحرمت في الوقت) أي أشهر الحج (من الميقات) فإن قدمت الإحرام على الميقات أو قبل الوقت فكالمحرمة بتطوع فتسقط نفقتها مدة التقديم .

(وإن سافرت) الزوجة (في حاجة نفسها أو للنزهة أو تجارة أو زيارة) رحم أو غيره

(أو حج تطوع) أو عمرة تطوع ، (ولو بإذنه فلا نفقة لها) لأنها فوتت التمكين لأجل نفسها ، (إلا أن يكون مسافراً معها متمكناً من استمتاعه بها فلا تسقط) نفقتها ، لأنها في قبضته . قال في المبدع : والصحيح أنه لا نفقة لها هنا ، يعني إذا سافرت لحاجتها بحال ، وعزى الأول للقاضي ، (وإن أحرمت) الزوجة (بمنذور معين في وقته أو صامت نذراً معيناً في وقته ولو كان النذر بإذنه أو كان نذرها قبل النكاح) وصامته (في وقته فلا نفقة لها) لأنها فوتت على زوجها حقه من الاستمتاع باختيارها ، ولأن النذر صدر من جهتها بخلاف حجة الإسلام ، فإنها واجبة بأصل الشرع .

(وإن اختلفا) أي الزوجان (في نشوزها بعد الاعتراف بالتسليم ، أو) اختلفا (في الإنفاق عليها ، أو) في (تسليم النفقة إليها ، فـ) القول (قولها) لأن الأصل عدم ذلك ، واختار الشيخ تقي الدين وابن القيم في النفقة قول من يشهد له العرف ، لأنه يعارض الأصل والظاهر والغالب أنها تكون راضية ، وإنما تطالبه عند الشقاق ، (وإن ادعت) الزوجة (يساره) أي الزوج (ليفرض) الحاكم (لها نفقة الموسرين ، أو قالت) لزوجها (كنت موسراً) فيلزمك لما مضى نفقة الموسرين ، (فأنكر) الزوج اليسار ، (فإن عرف له مال فقولها) لأن الأصل بقاؤه ، (وإلا) أي وإن لم يعرف له مال ، ولم يكن أقر بالملاءة ، (فقوله) لأنه منكر والأصل عدمه .

(وإن اختلفا) أي الزوجان (في بذله التسليم) بأن ادعت أنها بذلت التسليم وأنكر فقوله ، لأن الأصل عدمه ، (أو) اختلفا (في وقته) بأن قالت : بذلت التسليم من سنة فقال : بل من شهر ، فقوله ، (أو) اختلفا (في فرض الحاكم) النفقة ، (أو) اختلفا (في وقتها فقال) الزوج : (فرضها) الحاكم (منذ شهر ، وقالت) الزوجة : (بل منذ عام ، فقوله) لأنه منكر للزائد والأصل براءته منه ، (وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عليه اليمين) لاحتمال صدق خصمه ، (وإن دفع) الزوج (إليها) أي الزوجة (نفقة وكسوة أو بعث بذلك إليها فقالت) للزوج : (إنما فعلته تبرعاً وهبة ، فقال) الزوج : (بل وفاء للواجب) عليّ (فقوله) لأن الاختلاف في نيته وهو أدرى بها ، (كما لو قضى دينه واختلف هو وغريمه في نيته) فإن القول قول المدين (وإن دفع) الزوج (إليها شيئاً زائداً على الكسوة مثل مصاغ وقلائد وما أشبه ذلك على وجه التمليك فقد ملكته) بقبضه كسائر الهبات ، (وليس له إذا طلقها أن يطالبها به) للزوم الهبة بالقبض ، (وإن كان) الزوج (قد أعطاها) ذلك (للتجمل به كما يركبها دابته ويخدمها غلامه ونوى ذلك لا على وجه التمليك المعين ، فهو باق على ملكه) لأنه لم يخرج عنه بشيء يقتضيه ، (فله أن يرجع فيه متى شاء ، سواء طلقها أو لم يطلقها)

لأنه ملكه ، (وإن طلقها) الزوج (وكانت حاملاً فوضعت ، فقال : طلقتك حاملاً فانقضت عدتك بوضع الحمل وانقضت نفقتك ، و) انقضت (رجعتك فقالت : بل) طلقتني (بعد الوضع فلي النفقة ولك الرجعة ، فـ) القول (قولها) في بقاء النفقة استصحاباً للأصل ، (وعليها العدة) مؤاخذة لها بإقرارها ، (ولا رجعة له) عليها لإقراره بسقوطها ، (وإن رجع) المطلق (فصدقها) أنه طلقها بعد الوضع ، (فله الرجعة) ما دامت في العدة ، (ولو قال) الزوج : (طلقتك بعد الوضع فلي الرجعة ، ولك النفقة ، فقالت : بل) طلقني (وأنا حامل) فلا رجعة لك ولا نفقة لي ، (فـ) القول (قولها) في سقوط النفقة لاعترافها على نفسها . قال في المنتهى : في العدة ويقبل قول زوج أنه لم يطلق إلا بعد حيض أو ولادة أو وقت كذا ، (وإن عاد) الزوج (فصدقها سقطت رجعته) لاعترافه بانقضاء عدتها بالوضع المتأخر عن الطلاق ، (ووجبت لها النفقة) لاعترافه ببقائها في العدة (هذا) أي قبول قوله فيما سبق (في الحكم الظاهر ، و) أما (فيما بينه وبين الله تعالى ، فيبني على ما يعلم من حقيقة الأمر دون ما قاله) فإن الحكم لا يزيل الشيء عن صفته الباطنة .



(فصل في حكم الإعسار بالنفقة)[1]

وإن أعسر الزوج بنفقتها الواجبة أو أعسر الزوج ببعضها أي ببعض النفقة بأن أعسر (عن نفقة المعسر) فلها الفسخ ، و(لا) تفسخ إذا أعسر (بما زاد عنها) أي عن نفقة المعسر ، لأن الزيادة تسقط بإعساره ، (أو) أعسر الزوج (بالكسوة أو ببعضها أو) أعسر (بالسكنى أو) أعسر (بـ) المهر بشرطه (السابق في آخر) الصداق (خيرت على التراخي بين الفسخ من غير انتظار) أي تأجيل ثلاثاً خلافاً لابن البناء ، (وبين المقام) معه على النكاح ، وهذا قول عمر وعلي وأبي هريرة لقوله تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[2] ، وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكاً بمعروف فتعين التسريح. وقال ﷺ : « امْرَأَتُكَ تَقُولُ : أَطْعِمْنِي وإلا فَارِقْنِي » رواه أحمد والدارقطني والبيهقي بإسناد صحيح ، ورواه الشيخان من قول أبي هريرة . وروى الشافعي وسعيد عن سفيان عن أبي الزناد قال : « سألتُ سعيدَ بنَ المُسيّبِ عنِ الرَّجلِ لا يجدُ مَا يُنْفِقُ على امرأته ؟ قَالَ : يُفَرِّقُ بينَهُمَا ، قال أبو الزِّناد لسعيد : سَنَة ؟ قَالَ سَعِيدٌ : سَنَةٌ » ، ولأن هذا أولى بالفسخ من العجز بالوطء وكان على التراخي لأنه كخيار العيب .

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ . (٢) سورة البقرة ، الآية: ٢٢٩ .

(و) إذا اختارت المقام فلها (تمكينه وتكون النفقة ، أي نفقة الفقير والكسوة والمسكن ديناً في ذمته ما لم تمنع نفسها) لأن ذلك واجب على الزوج ، فإذا رضيت بتأخير حقها فهو في ذمته كما لو رضيت بتأخير مهرها ، (ولها المقام) على النكاح (ومنعه من نفسها فلا يلزمها تمكينه ولا الإقامة في منزله ، وعليه أن لا يحبسها بل يدعها تكتسب ولو كانت موسرة) لأنه لم يسلم إليها عوض الاستمتاع ، (فإن اختارت المقام) ثم اختارت الفسخ فلها ذلك ، (أو رضيت بعسرته) ثم اختارت الفسخ فلها ذلك ، (أو تزوجته عالمة به) أي بأنه معسر ، وفي نسخة « بها » أي بعسرته بالنفقة ، ثم اختارت الفسخ فلها ذلك ، (أو) تزوجته معسراً ، أو (شرط أن لا ينفق عليها ، أو أسقطت النفقة المستقبلة ، ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك) لأن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فيتجدد لها الفسخ كذلك ، ولا يصح إسقاط نفقتها فيما لا يجب لها كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع ، وكما لو أسقطت المهر أو النفقة قبل النكاح ، (ومن لم يجد إلا قوت يوم بيوم فليس بمعسر بالنفقة ، لأن ذلك هو الواجب عليه) وهو قادر عليه ، (وإن كان) الزوج (تجد في أول النهار ما يغديها ، و) يجد (في آخره ما يعشيها فلا خيار لها) لأنه لا ضرر عليها والكفاية موجودة ، (وإن كان) الزوج (صانعاً يعمل في الأسبوع ما يبيعه في يوم بقدر كفايتها في الأسبوع) فلا فسخ لها ، لحصول الكفاية من غير ضرر يلحقها (أو تعذر عليه) أي الزوج (الكسب في بعض زمانه) في أيام يسيرة (أو تعذر) عليه (البيع) فلا فسخ، لأنه يمكنه الاقتراض (أو مرض مرضاً يرجى برؤهُ في أيام يسيرة أو عجز عن الاقتراض أياماً يسيرة) فلا فسخ لها ، لأن ذلك يزول عن قرب ، ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس ، (أو اقترض ما ينفقه عليها) فلا فسخ لها ، لأنه لا ضرر عليها (أو تبرع له إنسان بما ينفقه) عليها بأن ملكه له ثم أنفقه فلها الفسخ ، (أو كان) الزوج (لا يجد من النفقة إلا يوماً دون يوم فلها الفسخ) لما يلحقها من الضرر الغالب بذلك ، لأن البدن لا يقوم بدون كفايته ، (وإن أعسر بنفقتها فبذلها غيره لم تجبر) على قبولها من غيره لما يلحقها من المنة (إلا إن ملكها الزوج) ثم دفعها الزوج لها ، (أو دفعها) إليها (وكيله) فإنها تجبر على القبول منه ، لأن المنة إذن على الزوج دونها ، (وكذا من أراد قضاء دين عن غيره فلم يقبل ربه) أي الدين ولا يجبر على القبول من المتبرع ، وإن تبرع به للمدين ثم دفعه المدين أو وكيله لرب الدين أجبر ، (وتقدم في السلم إن أداها) الزوج (بنفقة حرام لم يلزمها قبولها) بل لم يجز لها تناولها ، (وتقدم) ذلك (في المكاتب ويجبر قادر على التكسب) ليؤدي ما وجب عليه من نفقة زوجته ، (وإن أعسر) الزوج (بنفقة الخادم) فلا فسخ ، لأنه يمكنها الصبر عنها ، (أو) أعسر بـ (النفقة

الماضية) فلا فسخ كالصداق إذا أعسر به بعد الدخول ، (أو) أعسر بـ (نفقة الموسر أو المتوسط أو) أعسر بـ (الإدام فلا فسخ) لأن ذلك يمكنها الصبر عنه ، (وتبقى النفقة) أي نفقة الخادم والنفقة الماضية ، (و) يبقى (الإدام) ديناً (في ذمته) لأنها نفقة تجب على سبيل العوض فتثبت في الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتاً ، وهذا فيما عدا الزائد على نفقة المعسر ، فإن ذلك يسقط بالإعسار . قاله في المبدع : ولعله على قول القاضي، كما يدل عليه كلامه بعد ، وأما على ما قدمه الموفق وغيره وجزم به في المنتهى فلا ، (ومن كان له دين متمكن من استيفائه) والإنفاق منه (فكموسر) ليس لزوجته الفسخ ، لأنه قادر على الإنفاق ، (وإن لم يتمكن) من استيفائه لجحد أو مطل ونحوهما (فكمعسر) لزوجته الفسخ على ما تقدم ، (وإن كان له) أي الزوج (عليها) أي الزوجة (دين ، فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان النفقة ، فله ذلك إن كانت موسرة) بالدين لوجوبه عليها إذن ، (وإلا) أي وإن لم تكن موسرة (فلا) يحتسب عليها بدينه من نفقتها ، لأن قضاء الدين إنما يكون بما فضل عن الكفاية ، (وإن أعسر زوج الأمة فرضيت أو زوج الصغيرة أو) زوج (المجنونة لم يكن لوليهن الفسخ) لأن النفقة حق لهن فلم يملك الولي الفسخ كالفسخ للعيب . وقال القاضي : لسيدها الفسخ ، فإن أنفق عليها سيدها محتسباً بالرجوع رجع على الزوج ، رضيت أو كرهت .



فصل

وإن منع زوج موسر أو منع سيده إن كان الزوج (عبداً كسوة أو بعضها ، وقدرت له على مال ، ولو من عين جنس الواجب أخذت) الزوجة (منه) أي من مال زوجها ، أو مال سيده (كفايتها وكفاية ولدها الصغير عرفاً ونحوه) كالولد المجنون والخادم (بالمعروف بغير إذنه) لقول النبي ﷺ لهند بنت عتبة حين قالت له : إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي : « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ » (١) متفق عليه من حديث عائشة واللفظ للبخاري . فإن ظاهر الحديث دل على أنه كان يعطيها بعض الكفاية ولا يتمها لها ، فرخص النبي ﷺ لها في أخذ تمام الكفاية بغير علمه ، فإنه موضع حاجة ، فإن النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها ، ولأنها تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً فتشق المرافعة بها إلى الحاكم والمطالبة بها في كل

(١) الحديث متفق عليه من رواية أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، أخرجه البخاري في كتاب النفقات ، باب إذا لم ينفق الرجل ، وأخرجه مسلم في الصحيح ، كتاب الأقضية ، باب قضية هند .

يوم ، وحديث : « أدِّ الأمَانَةَ إلخ » مخصوص بحديث هند ، لأنه خاص بالنفقة ، (وإن لم تقدر) على أخذ كفايتها وكفاية ولدها من ماله (أخبره الحاكم) إذا رفعت أمرها إليه على كفايتها وكفاية ولدها ونحوه بالمعروف ، لأن ذلك واجب عليه ، (فإن أبى) الزوج ذلك (حبسه) لأن الحاكم وضع لفصل الخصومات والحبس طريق إلى الفصل فتعين فعله، (فإن صبر) الزوج (على الحبس أو قدر الحاكم على ماله ، أنفق منه) عليها وعلى من وجبت له النفقة ، لأنها حق واجب عليه ، فإذا امتنع من أدائه وجب الدفع إلى مستحقه من مال خصمه كالدين ، بل أولى ، لأنها آكد من الدين بدليل جواز الأخذ بغير إذن المالك ، (فإن لم يقدر) الحاكم (له على مال يأخذه أو لم يقدر) الحاكم (على النفقة من مال الغائب ولم يجد) الحاكم (إلا عروضاً أو عقاراً باعه وأنفق منه فيدفع) الحاكم (إليها نفقة يوم بيوم) كالنقدين ، (فإن تعذر ذلك) الإنفاق عليها بأن لم يكن نقداً ولا عرضاً ولا عقاراً ، (فلها الفسخ) لتعذر الإنفاق عليها من ماله كالإعسار ، بل هذا أولى بالفسخ ، ولو فسخ الحاكم نكاح الزوجة لفقد مال زوجها الغائب ينفق منه ثم تبين له مال . قال ابن نصر الله في حواشي القواعد الفقهية : الظاهر صحة الفسخ وعدم نقضه ، لأن نفقتها إنما تتعلق بما يقدر عليه من مال زوجها . وأما ما كان غائباً عنها لا علم لها به ، فلا تكلف الصبر لاحتماله ، ولا تشبه مسألة المتيمم إذا نسي الماء في رحله، لأن الماء في قبضه ويده ونسيانه لا يخلو من تقصير وتفريط بخلاف هذه . قال : ولم أجد في المسألة نقلاً ، (ونفقة الزوجات والأقارب والرقيق والبهائم إذا امتنع من وجبت عليه النفقة) . قلت : أو تعذر استئذانه كما تقدم في الرهن ، (فأنفق عليها غيره بنية الرجوع فله الرجوع) لأنه قام عنه بواجب أشبه قضاء الدين ، (ويأتي) ذلك (في الباب بعده) وحكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه ، قاله في المبدع .

(وإن كان الزوج غائباً ولم يترك لها) أي الزوجة (نفقة ولم يقدر على مال له ولا) على استدانة ، (ولا) على (الأخذ من وكيله إن كان له وكيل كتب الحاكم إليه) : لم أجد الكتابة إليه في كلامهم ، بل الكتب المشهورة لم يذكروها ، وعمل قضاتنا على عدم الكتابة ، وكذا إفتاء مشايخنا ، (فإن لم يعلم خبره) . قلت : أو علم إذ لم نر في كلامهم هذا القيد (وتعذرت النفقة كما تقدم) بالاستدانة وعدم الوصول إلى شيء من ماله (فلها الفسخ) لأنها لم تقدر على الوصول إلى نفقتها ، أشبه ما لو ثبت إعساره وعلم منه أنه إذا ترك لها نفقة أو قدرت له على مال أو على الاستدانة عليه أنه لا فسخ لها ، لأن الإنفاق عليها من جهته غير متعذر .

(ولا يصح الفسخ في ذلك كله إلا بحكم حاكم) لأنه فسخ مختلف فيه ، فافتقر إلى الحكم كالفسخ للعنّة ، (فيفسخ) الحاكم (بطلبها) لأنه لحقها ، فلا يستوفيه إلا بطلبها (أو تفسخ) هي (بأمره) أي الحاكم ، (وفسخ الحاكم تفريق لا رجعة فيه) . قلت : وكذا فسخها بأمره كالفسخ للعنّة ، (ومن ترك الإنفاق الواجب لامرأته لعذر أو غيره مدة لم تسقط) النفقة كالدين ، (ولو لم يرفضها حاكم وكانت) النفقة (ديناً في ذمته) وتقدم ، (ويصح ضمان النفقة ما وجب منها وما يجب في المستقبل) كضمان السوق (وتقدم في الضمان والصداق) .

« تتمة » : قال ابن الزاغوني : إذا ثبت عند الحاكم صحة النكاح ومبلغ المهر ، فإن علم مكانه كتب إن سلمت إليها حقها وإلا بعت عليك بقدره ، فإن أبى أو لم يعلم مكانه باع بقدر نصفه ، لجواز طلاقه قبل الدخول .



باب نفقة الأقارب والمماليك والبهائم

والمراد بالأقارب : من يرثه بفرض أو تعصيب كما يأتي فيدخل فيهم العتيق (تجب عليه نفقة والديه وإن علوا) لقوله تعالى : ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَنْ لا تَعْبُدُوا إلا إيَّاهُ وَبِالوَالِدَيْنِ إحْسَاناً ﴾ (1) ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند حاجتهما ، ولقوله تعالى : ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً ﴾ (2) ، ومن المعروف القيام بكفايتهما عند حاجتهما ، ولقوله ﷺ : « إنَّ أطْيَبَ مَا أكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ وَإنَّ أوْلادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ » (3) رواه أبو داود والترمذي وحسنه . وقال ابن المنذر : وأجمع أهل العلم أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد ، (و) يجب عليه أيضاً نفقة (ولده وإن سفل) لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ﴾(4) ، ولأن الإنسان يجب عليه أن ينفق على نفسه وزوجته ، فكذا على بعضه وأصله (أو بعضها) أي لو وجد والده أو ولده بعض النفقة وعجزوا عن إتمامها وجب عليه إكمالها لما سبق (حتى ذوي الأرحام منهم) أي من والديه ، وإن علوا وولده وإن سفلوا ، (ولو حجبه معسر) كجد موسر مع أب معسر ، وكابن معسر وابن ابن موسر ، فتجب النفقة على الموسر في المثالين ولا أثر لكونه محجوباً ، لأن بينهما قرابة قوية توجب العتق ورد الشهادة فأشبه القريب وتجب النفقة لمن ذكر (بالمعروف) أي بحسب ما يليق بهم (من حلال) لا من حرام كما تقدم في الزوجة (إذا كانوا) أي الأصول والفروع (فقراء) فإن كانوا أغنياء لم يجب عليه نفقتهم ، (وله) أي المنفق (ما ينفق عليهم فاضلاً عن نفسه وامرأته ورقيقه يومه وليلته ، و) عن (كسوتهم وسكناهم من ماله وأجرة ملكه ونحوه) كتجارته (أو من كسبه) لقوله ﷺ : « ابْدأ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ » (5) ، ولأنها مواساة فلا تجب على المحتاج كالبر .

و(لا) يجب الإنفاق على من ذكر (من أصل البضاعة) التي يتجر بها ، (و) لا

---

(1) سورة الإسراء ، الآية : ٢٣ . (2) سورة لقمان ، الآية : ١٥ .

(3) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ٢/ ٢١٤ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب البيوع ، باب في الرجل يأكل من مال ولده ، الحديث (٣٥٣٠) ، واللفظ له ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٧٦٩ ، كتاب التجارات ، باب ما للرجل من مال ولده ، الحديث (٢٢٩٢) .

(4) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣ . (5) سبق تخريجه في كتاب الزكاة .

من ثمن (الملك وآلة العمل) لحصول الضرر بذلك لفوات ما يتحصل منه قوته وقوت زوجته ونحوها ، (ويجبر قادر عل التكسب) من عمودي نسبه ولا تجب نفقته إذن ، لأن كسبه الذي يستغنى به كالمال ، و(يلزمه) أيضاً (نفقة كل من يرثه بفرض أو تعصيب ممن سواه) أي سوى عمودي النسب (سواء ورثة الآخر) كأخيه (أو لا كعمته وعتيقه وبنت أخيه ونحوه) كبنت عمه لقوله تعالى : ﴿ وعَلَى الوَارِثِ مِثْلُ ذَلكَ ﴾ [1] أوجب النفقة على الأب ثم عطف الوارث عليه ، وذلك يقتضي الاشتراك في الوجوب ، (فأما ذوو الأرحام) وهم من ليس بذي فرض ولا عصبة (من غير عمودي النسب فلا نفقة لهم ولا عليهم) لعدم النص فيهم ، ولأن قرابتهم ضعيفة ، وإنما يأخذون ماله فهم كسائر المسلمين في أن المال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث بدليل تقديم الرد عليهم ، واختار الشيخ تقي الدين الوجوب ، لأنه من صلة الرحم وهو عام ، (ويتلخص لوجوب الإنفاق) على القريب (ثلاثة شروط :

أحدها : أن يكون المنفق عليهم فقراء لا مال لهم ولا كسب يستغنون به عن إنفاق غيرهم) والكسوة والسكن كالنفقة وشرطه الحرية فمتى كان أحدهما رقيقاً فلا نفقة ، (فإن كانوا) أي المنفق عليهم (موسرين بمال أو كسب يكفيهم فلا نفقة لهم) لفقد شرطه ، فإن لم يكفهم ذلك وجب إكمالها وتقدم .

(**الثاني** : أن تكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم) منه (فاضل عن نفقة نفسه) وزوجته وقنه كما سبق (إما من ماله وإما من كسبه ، فمن لا يفضل عنه شيء لا يجب عليه شيء) لأنها وجبت مواساة وليس من أهلها إذن .

(**الثالث** : أن يكون المنفق وارثاً) للمنفق عليه بفرض أو تعصيب (إن كان من غير عمودي النسب) إما عمودا النسب فتجب ولو من ذوي الأرحام أو حجبه معسر . قال في الاختيارات : وعلى الولد الموسر أن ينفق على أبيه المعسر وزوجة أبيه وعلى إخوته الصغار ، (وإن كان للفقير ولو حملا وارث غير أب فنفقته عليهم) على قدر إرثهم منه، (لأن الله تعالى رتب النفقة على الإرث) فيجب أن يرتب المقدار عليه، (فأم وجد) لأب (على الأم الثلث والباقي على الجد) لأنهما يرثانه كذلك (وجدة وأخ) لغير أم أي شقيق أو لأب (على الجدة السدس والباقي على الأخ) كإرثهما له ، (وأم وبنت) النفقة (بينهما أرباعاً) كما يرثانه فرضاً ورداً ، (وابن وبنت) النفقة (بينهما أثلاثاً) لما سبق ، (فإن كان أحدهم) أي الوارث (موسراً لزمه بقدر إرثه من غير زيادة) لأن الموسر منهما إنما يجب عليه مع يسار الآخر ذلك القدر ، فلا يتحمل عن غيره إذا لم يجد الغير ما يجب عليه ، (ما لم يكن من عمودي النسب) فتجب النفقة كلها على الموسر

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣ .

لقوة القرابة ، بدليل عدم اشتراط الإرث ، (وعلى هذا المعنى) السابق (حساب النفقات) يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث ، فكما أن للجدة السدس من الميراث كذلك عليها السدس من النفقة ، ولو اجتمع بنت وأخت لغير أم أو بنت وأخ أو ثلاث أخوات متفرقات فالنفقة بينهم على قدر الميراث في ذلك ، سواء كان رداً أو عولاً أو لا ، ولو اجتمع أم أم وأم أب فهما سواء في النفقة لاستوائهما في الميراث (إلا أن يكون له) أي المنفق عليه (أب فينفرد بالنفقة) بالمعروف (وأم أم وأبو أم الكل على أم الأم) لأنها وارثة بخلاف أبي الأم ، (ومن له ابن فقير وأخ موسر فلا نفقة له عليهما) أما الابن فلمعسرته ، وأما الأخ فلعدم ميراثه ، (ومن له أم فقيرة وجدة موسرة فالنفقة على الجدة) الموسرة ، وإن كانت محجوبة لقوة القرابة ، (وكذا أب فقير وجد موسر) النفقة على الجد (وأبوان وجد والأب معسر على الأم) الموسرة (ثلث النفقة) لأنها ترث الثلث (والباقي على الجد) لأنه يرثه كذلك لولا الأب ، (وإن كان معهم زوجة فكذلك) لأنه لا مدخل لها في وجوب النفقة بل نفقتها تابعة لنفقته (وأبوان وأخوان وجد والأب معسر فلا شيء على الأخوين، لأنهما محجوبان وليسا من عمودي النسب ويكون على الأم الثلث) من النفقة قياس القاعدة السابقة السدس فقط كالإرث، لحجب الأخوين لها عن الثلث ، وإن كانا محجوبين بالأب (والباقي على الجد) كما لو لم يكن أخوان ، (وإن لم يكن في المسألة جد فالنفقة كلها على الأم) وحدها دون الأب لعسرته ودون الأخوة لحجبهم ، (وتجب نفقة من لا حرفة له ولو كان صحيحاً مكلفاً ، ولو) كان (من غير الوالدين) لقوله ﷺ لهند : « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ » ولم يستثن منهم بالغاً ولا صحيحاً ، ولأنه فقير يستحق النفقة على قريبه أشبه الزمن ، فإن كان له حرفة لم تجب نفقته ، قال في المبدع : بغير خلاف ، لأن الحرفة تعينه ونفقة القريب لا تجب إلا مع الفقر ولا بد أن تكون الحرفة يحصل بها غناه وإلا وجب الإكمال ، (ويلزمه) أي المنفق (خدمة قريب) وجبت نفقته فيخدمه (بنفسه أو غيره لحاجته) إلى الخدمة (كزوجة) لأنه من تمام الكفاية ، (ويبدأ) من لم يفضل عنه ما يكفي جميع من تجب نفقتهم (بالإنفاق على نفسه) لحديث : « ابْدَأ بِنَفْسِكَ » ، (فإن فضل) عنه (نفقة واحد فأكثر بدأ بامرأه) لأنها واجبة على سبيل المعاوضة ، فقدمت على المواساة ، ولذلك وجبت مع اليسار والإعسار (ثم برقيقه) لأن نفقته تجب مع اليسار والإعسار ، (ثم بالأقرب فالأقرب) لحديث طارق المحاربي : « ابْدَأ بِمَنْ تَعُولُ أُمكَ وأَبَاكَ وأُخْتَكَ وأخَاكَ ثمَّ أدْنَاكَ أدْنَاكَ » أي الأدنى فالأدنى ، ولأن النفقة صلة وبر ومن قرب أولى بالبر ممن بعد ، (ثم) يبدأ بـ (العصبة) مع الاستواء في الدرجة كأخوين لأم أحدهما

ابن عم ، (ثم التساوي) لعدم المرجح ، (وإن فضل عنه ما يكفي واحداً لزمه بذله) لمن وجبت نفقته ، لحديث : « إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ » .

(فإن كان له أبوان قدم الأب) على الأم لفضيلته وانفراده بالولاية واستحقاق الأخذ من ماله ، (فإن كان معهما) أي الأبوين (ابن قدمه عليهما) لوجوب نفقته بالنص ، نقل أبو طالب : الابن أحق بالنفقة منها وهي أحق بالبر . (وقال القاضي فيما إذا اجتمع الأبوان والابن إن كان الابن صغيراً أو مجنوناً قدم) لأن نفقته وجبت بالنص مع أنه عاجز ، (وإن كان الابن كبيراً والأب زمناً فهو) أي الأب (أحق) لأن حرمته آكد وحاجته أشد ، (وفي المستوعب يقدم الأحوج ممن تقدم في هذه المسائل) لشدة حاجته ، (وإن كان أب وجد أو ابن وابن ابن قدم الأب والابن) لأنه أقرب (ويقدم جد على أخ) لأن له مزية الولادة والأبوة (وأب على ابن ابن) لقربه ، ولأنه لا يسقط إرثه بحال، (و) يقدم (أبو أب على أبي أم) لامتيازه بالعصوبة ، (و) الجد أبو الأم (مع أبي أبي أب يستويان) لأن أب الأم امتاز بالقرب وأبا أبي الأب امتاز بالعصوبة فتساويا لذلك ، (وظاهر كلامهم) قال في الفروع : وظاهر كلام أصحابنا (يأخذ من وجبت له النفقة بغير إذنه) أي إذن من وجبت عليه (إن امتنع من الإنفاق لزوجة) نقل ابناه والجماعة يأخذ من مال والده بلا إذنه بالمعروف إذا احتاج ولا يتصدق ، (وتقدم في الباب قبله ولا تجب نفقة) لقريب (مع اختلاف دين) أي إذا كان دين القريبين مختلفاً فلا نفقة لأحدهما على الآخر ، لأنه لا توارث بينهما ولا ولاية أشبه ما لو كان أحدهما رقيقاً (إلا بالولاء) لثبوت إرثه من عتيقه مع اختلاف الدين ، (أو بإلحاق القافة) فتجب النفقة مع اختلاف الدين ذكره في الوجيز والرعاية ، وقال في الإنصاف : ولا تجب نفقة الأقارب مع اختلاف الدين هذا هو المذهب مطلقاً وقطع به كثير منهم ، (ومن ترك الإنفاق الواجب مدة لم يلزمه عوضه) أطلقه الأكثر وجزم به في الفصول ، لأن نفقة القريب وجبت لدفع الحاجة وإحياء النفس ، وقد حصل ذلك في الماضي بدونها ، وذكر جماعة (إلا إن فرضها حاكم) لأنها تأكدت بفرضه كنفقة الزوجة ، (أو استدان بإذنه) قال في المحرر : وأما نفقة أقاربه فلا تلزمه لما مضى وإن فرضت إلا أن يستدين عليه بإذن الحاكم ، (لكن لو غاب زوج فاستدانت لها ولأولادها الصغار رجعت) بما استدانته ، نقله أحمد بن هاشم. قلت : وكذا لو كان أولادها، لأن ولاءهم حينئذ لمولى بينهم فهو الوارث لهم فنفقتهم عليه ، (فإن أعتقه أبوهم) أي أعتقه سيده ، (فانجر الولاء إلى معتقه) كما مر في الولاء (صار ولاؤهم لمعتق أبيهم ونفقتهم) عند عدم أبيهم (عليه) لأنه مولاهم الوارث لهم ، (وليس على العتيق نفقة معتقه ، لأنه لا

يرثه وإن كان كل واحد منهما مولى الآخر) وتقدم تصويره في الولاء ، (فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر) من حيث كونه عتيقاً لا من حيث كونه معتقاً كما يرثه كذلك، (وليس على العبد نفقة ولده حرة كانت الزوجة أو أمة) لأن أولاد الحرة أحرار ، ولا يلزمه نفقة قريبه الحر لما يأتي ، وأولاد الأمة عبيد لسدها فنفقتهم عليه ، (ولا نفقة أقاربه الأحرار) لأنه لا يملك ، وإن ملك فهو ضعيف لا يحتمل المواساة كالزكاة ، (ونفقة أولاد المكاتب والأحرار ، و) نفقة (أقاربه لا تجب عليه) لأنه ملك ضعيف لا يحتمل المواساة وحاجته إلى فك رقبته أشد ، (وتجب عليه نفقة ولده من أمته) لأنه تابع له وكسبه له ، (وإن كانت زوجته) أي المكاتب (حرة فنفقة أولادها عليها) إذا كانت موسرة وانفردت ، لأنها الوارثة لهم دونه ، (فإن كان لهم أقارب أحرار كجد وأخ مع أم أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه والمكاتب كالمعدوم بالنسبة إلى النفقة) والإرث والحجب ، (وإن كانت) الزوجة (مكاتبة فسيأتي) في نفقة المماليك الكلام على نفقتهم ، (فإن أراد المكاتب التبرع بالنفقة على ولده من أمة) لغير سيده ، (أو) من (مكاتبة لغير سيده ، أو) من (حرة فليس له ذلك) لأنه محجور عليه لحق سيده ، فلا يتبرع بغير إذنه ، (وإن كان) ولد المكاتب (من أمة لسيده جاز) للمكاتب التبرع بنفقته ، لأن نفقته على سيده فلم يتبرع لأجنبي ، و(لا) يتبرع بنفقة (ولده من مكاتبة لسيده) لأن نفقة ولدها عليها فتبرعه بنفقته تبرع لغير سيده وهو ممنوع منه لحقه .

★ ★ ★

فصـــل

وتجب نفقة ظئر أي مرضعة (الصغير) ذكراً كان أو أنثى (في ماله) إن كان كنفقة الكبير ، (فإن لم يكن له) أي الصغير (مال فعلى من تلزمه نفقته) من أب أو غيره ، لأن نفقة ظئر الصغير كنفقة الكبير ويختص وجوبها بالأب وحده إن كان لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [1] الآية ، (ولا يلزمه) نفقة الظئر (لما فوق الحولين) لقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ [2] ، (ولا يفطم قبلها) للآية (إلا بإذن أبويه) فيجوز (إلا أن ينضر) الصغير فلا ، ولو رضيا ، لحديث : « لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ » ، وفي الرعاية هنا يحرم رضاعة بعدهما ولو رضيا ، وظاهر عيون المسائل إباحته مطلقاً ، قاله في المبدع ، وقال في تحفة الودود في أحكام المولود : ويجوز أن تستمر الأم على رضاعة بعد الحولين إلى

---

(١) ، (٢) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣ .

نصف الثالث ، أو أكثره ، (وللأب منع امرأته من خدمة ولدها منه) مجانين أو وجبت نفقتهم لعجزهم عن التكسب على ما تقدم ، (ولو امتنع زوج أو قريب من نفقة واجبة بأن تطلب منه) النفقة (فيمتنع) فقام بها غيره (رجع عليه منفق عليه بنية الرجوع) لأنه قام بواجب كقضاء دينه وتقدم ، (ويلزمه نفقة زوجة من تلزمه مؤنته) لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا به ، (و) يجب أيضاً على من وجبت عليه النفقة لقريبه (إعفاف من وجبت له نفقة من أب وإن علا ، و) من ابن وإن نزل وغيرهم كأخ وعم (إذا احتاج إلي النكاح لزوجة حرة أو سرية تعفه أو يدفع) المنفق (إليه ما لا يتزوج به حرة أو يشتري به أمة) لأن ذلك مما تدعو حاجته إليه ويستضر بفقده ، فلزم على من تلزمه نفقته ولا يشبه ذلك الحلوى ، فإنه لا يستضر بتركها ، (والتخيير) فيما ذكر (للملزوم بذلك) لأنه المخاطب به فكانت الخيرة إليه فيه فيقدم تعينه على تعين المعفوف ، (وليس له أن يزوجه قبيحة ولا أن يملكه إياها) أي أمة قبيحة ، لعدم حصول الإعفاف بها ، (ولا) يزوجه ولا يملكه (كبيرة لا استمتاع بها) لعدم حصول المقصود بها ، (ولا أن يزوجه أمة) لما فيه من الضرر عليه لاسترقاق أولاده ، (ولا يملك) القريب (استرجاع ما دفع إليه من جارية ولا عوض ما زوجه به إذا أيسر) لأنه واجب عليه كالنفقة لا يرجع بها بعد ، (ويقدم تعيين قريب إذا استوى المهر) على تعيين زوج لما سبق ، (ويصدق) المنفق عليه إذا ادعى (أنه تائق بلا يمين) لأنه الظاهر بمقتضى الجبلة ، (وإن ماتت) التي أعفه بها من زوجة أو أمة (أعفه ثانياً) لأنه لا صنع له في ذلك ، (إلا إن طلق لغير عذر أو أعتق) السرية مجاناً بأن لم يجعل عتقها صداقها فلا يلزمه إعفافه ثانياً ، لأنه الذي فوت على نفسه ، (وإن اجتمع جدان ولم يملك) ولد ولدهما (إلا إعفاف أحدهما قدم الأقرب) كالنفقة (إلا أن يكون أحدهما من جهة الأب فيقدم ، وإن بعد على الذي من جهة الأم) لامتيازه بالعصوبة ولم يظهر لي تحقيق الفرق بين النفقة والإعفاف ، (ويلزمه إعفاف أمه كأبيه إذا طلبت ذلك وخطبها كفء) قال القاضي : ولو سلم فالأب آكد ، لأنه لا يتصور ، لأن الإعفاف لها بالتزويج ونفقتها على الزوج . قال في الفروع : ويتوجه تلزمه نفقته إن تعذر تزويج بدونها ، وهو ظاهر القول الأول ، (والواجب في نفقته القريب قدر الكفاية من الخبز والأدم والكسوة والمسكن بقدر العادة) لأن الحاجة إنما تندفع بذلك (كما ذكرنا في الزوجة ، ويجب على المعتق نفقة عتيقه) لأنه يرثه فدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ [1] ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « أُمَّكَ وأَبَاكَ وأُخْتَكَ وأخاكَ أدْنَاكَ وَمَوْلاكَ الَّذِي يلي ذاكَ حَقّاً

---

(1) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣ .

وَاجِباً ورَحِماً مَوْصُولاً » رواه أبو داود . (فإن مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصباته على ما ذكر في) باب (الولاء) لما سبق من أن النفقة تتبع الإرث ، (ويجب عليه) أي المولى (نفقة أولاد معتقه إذا كان أبوهم عبداً) لأنه يفوت عليه حقه من الاستمتاع بها ويقدرها ، ولا ينافي ذلك أنها أحق بحضانته إذ لا يلزم منه مباشرة الخدمة بنفسها بل تخدمه خادمها ونحوها عندها .

و(لا) يمنع الأب أم الرضيع (من رضاعة إذا طلبت ذلك وإن طلبت أجرة مثلها ووجد) الأب (من يتبرع) له (برضاعه فهي) أي الأم (أحق ، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة) لقوله تعالى : ﴿ وَالوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ ﴾ [1] الآية ، وهو خبر يراد به الأمر وهو عام في كل والدة لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[2] ، ولأنها أشفق وأحق بالحضانة ولبناً أمرأ ، (فإن طلبت أكثر من أجرة مثلها ولو بيسير لم تكن أحق به) مع من تبرع به أو يرفع بأجرة المثل لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى ﴾ [3] إلا أن لا يوجد من يرضعه إلا بمثل تلك الزيادة) فتكون الأم أحق من الأجنبية لشفقتها ، (ولو كانت) أم الرضيع (مع زوج آخر وطلبت رضاعة بأجرة مثلها ووجد من يتبرع برضاعه فأمه أحق إذا رضي الزوج الثاني) بذلك للآية ، وقد رضي الزوج بإسقاط حقه فأشبهت غير المزوجة ، (وإذا أرضعت الزوجة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه) ذلك إذ كفايتها واجبة عليه لحق الزوجة ولرضاع ولده ، (وللسيد إجبار أم ولده على رضاعه) أي ولدها (مجاناً) لأنها ملكه ومنافعها له كالقن ، (فإن عتقت على السيد) بإعتاق أو تعليق (فحكم رضاع ولدها منه حكم المطلقة البائن) لأنها ملكت أمر نفسها بالعتق فلها طلب أجرة المثل والامتناع من رضاعه ، (وإن امتنعت الأم) الحرة (من إرضاع ولدها لم تجبر) ولو كانت في حبال الزوج لقوله تعالى : ﴿ وإِنْ تَعَاسَرْتُم فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرى﴾[4] وإذا اختلفا فقد تعاسرا ، وقوله تعالى : ﴿ وَالوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ ﴾[5] محمول على حال الإنفاق وعدم التعاسر ، (إلا أن يضطر) الصغير (إليها أو يخشى عليه) بأن لا يوجد مرضعة سواها أو لا يقبل الصغير الإرضاع من غيرها ، فيجب عليها إرضاعه ، لأنه حال ضرورة وحفظ النفس كما لو لم يكن له أحد غيرها ، (ولكن يجب عليها أن تسقيه اللبن) لتضرره بعدمه ، بل يقال : لا يعيش إلا به ، (وللزوج منه امرأته منع إرضاع ولد غيرها ، ومن إرضاع ولدها من غيره من حين العقد) لأن عقد

---

(١) ، (٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٣ . (٢) ، (٣) ، (٤) سورة الطلاق ، الآية : ٦ .

النكاح يقضي تمليك الزوج من الاستمتاع في كل الزمان سوى أوقات الصلوات ، فالرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الأوقات ، فكان له منعها منه كالخروج من منزله (إلا أن يضطر إليها بأن لا يوجد من يرضعه غيرها أو لا يقبل الإرضاع من غيرها فيجب التمكين من إرضاعه) لأنه حال ضرورة وحفظ فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن به مثل ضرورته ، (أو تكون) المرأة (قد شرطته) أي الرضاع (عليه) أي على الزوج عند العقد فلا يمنعها منه (نصاً) لحديث : « الْمُؤْمِنُونَ على شُروطِهِمْ » .

(وإن أجرت) المرأة (نفسها للرضاع ثم تزوجت لم يملك الزوج فسخ الإجارة ولا منعها من الرضاع حتى تمضي المدة ، لأن منافعها ملكت بعقد سابق) أشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة وتقدم) ذلك (في عشرة النساء) فإن نام الصبي أو اشتغل فللزوج الاستمتاع ، وإن أجرت المزوجة نفسها للرضاع بإذن زوجها صح ولزم العقد وبغير إذنه لم يصح ، لتضمنه تفويت حق زوجها وتقدم .



فصل

ويلزم السيد نفقة رقيقه قدر كفايتهم بالمعروف ولو مع اختلاف الدين ولو كان رقيقه (آبقاً أو نشزت الأمة أو عمى أو زمن أو مرض أو انقطع كسبه) وكون النفقة (من غالب قوت البلد وأدم مثله ، و) يلزمه (كسوتهم من غالب الكسوة لأمثال العبيد في ذلك البلد الذي هو به ، و) يلزمه (غطاء ووطاء ومسكن وماعون) لرقيقه، لحديث أبي هريرة مرفوعاً : « لِلمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكُسْوَتُهُ بِالمعروفِ وَلا يُكَلَّفُ مِنَ العَمَلِ مَا لا يُطِيقُ » [1] رواه الشافعي والبيهقي بإسناد جيد . واتفقوا على وجوب ذلك على السيد ، لأنه أخص الناس به فوجبت نفقته عليه ، وهي واجبة بالملك ، فلذلك وجبت للآبق والناشز والزمن وغيرهم، (وإن ماتوا فعليه تكفينهم وتجهيزهم ودفنهم) كما تجب عليه نفقتهم حال الحياة ، (ويسن) لسيد الرقيق (أن يلبسه مما يلبس وأن يطعمه ما يطعم فإن وليه) أي ولي الرقيق الطعام ، (فإن سيده يجلسه يأكل معه أو يطعمه منه) لحديث أبي هريرة يرفعه : « إذا ولى أحَدُكم خَادِمَهُ طَعَامَهُ حَرَّهُ وَدُخَانَهُ فَلْيَدْعُهُ وَلْيُجْلِسهُ مَعَهُ فإن أبى فَليروغ لَهُ اللُّقْمَةَ وَاللُّقْمَتَيْنِ » [2] رواه البخاري . ومعنى الترويغ غمسها في المرق والدسم ورفعها

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) الحديث متفق عليه من رواية أبي هريرة ، أخرجه البخاري في كتاب الأطعمة ، باب الأكل مع الخادم ، وأخرجه مسلم في كتاب الأيمان ، باب إطعام المملوك .

إليه ، ولأن الحاضر تتوق نفسه إلى ذلك ، (ولا يأكل) الرقيق (بلا إذنه) أي السيد لما فيه من الافتيات عليه ، لكن إن منعه ما وجب له فله أخذ قدره بالمعروف كما تقدم في الزوجة والقريب (ويستحب أن يسوي بين عبيده) في الكسوة والإطعام ، (و) بين (إمائه في الكسوة والإطعام) لأنه أطيب لنفوسهم وأقرب للعدل ، (ولا بأس بزيادة من هي) من الإماء (للاستمتاع في الكسوة) لدعاء المصلحة إليه ، (ويلزمه) أي السيد (نفقة ولد أمته الرقيق) لأنه رقيقه تبعاً لأمه (دون زوجها) أي الأمة فلا يلزمه نفقة ولده الرقيق ، لأنه ليس تابعاً له بل لأمه ، (ويلزم الحرة نفقة ولدها من عبد) وطئها بزوجية أو شبهة ، لأنه يتبعها في الحرية ، وهذا إن لم يكن له وارث غيرها ، وإلا فعلى قدر الإرث كما تقدم ، (ويلزم المكاتبة نفقة ولدها ولو كان أبوه مكاتباً) لأنه يتبع أمه لا أباه (وكسبه) أي ولد المكاتبة (لها) لتبعيته لها ، (وينفق) السيد (على من بعضه حر بقدر رقه وبقيتها) أي النفقة (عليه) أي المبعض إن كان موسراً وإلا فعلى من أعتق البعض أو وارثه كما تقدم ، (وله) أي المبعض (وطء أمة ملكها يجزئه الحر بلا إذن) سيده ، لأن ملكه عليها تام ولا يتزوج إلا بإذنه ، (ويلزم السيد تزويجهم) أي الأرقاء (إذا طلبوه كالنفقة ذكوراً كانوا أو إناثاً لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ [٢] والأمر يقتضي الوجوب ، ولأنه يخاف من ترك إعفافه الوقوع في المحظور ، ولا يجوز تزويج العبد إلا باختياره) إذا كان كبيراً (إلا أمة يستمتع بها ولو مكاتبة بشرط وطئها) لأن المقصود قضاء الحاجة وإزالة ضرر الشهوة وإن شاء زوجها إذا طلبت ذلك ، (فإن أبى السيد ما وجب عليه من) تزويجهم (أجبر) عليه كسائر الحقوق الواجبة عليه ، (وتصدق الأمة أنه ما يطؤها) لتعذر إقامة البينة عليه، ولأن الأصل عدمه ، (وإن زوجها) أي السيد (بمن عيبه غير الرق فلها الفسخ) للعيب لعموم ما سبق ، (وإذا كان للعبد زوجة ، فعلى سيده تمكينه من الاستمتاع بها ليلاً) لأن العادة ذلك ، (ومن غاب عن أم ولده زوجت لحاجة نفقة) لدعاء الحاجة إلى ذلك (قال في الرعاية : زوجها الحاكم وحفظ مهرها للسيد) لأنه يلي مال الغائب كما يأتي في القضاء ، وفي الانتصار يزوجها من يلي ماله أومأ إليه في رواية بكر ، (وكذا) تزوج أم ولد (لحاجة وطء) لدعاء الحاجة إليه كالنفقة ، (وأما الأمة) غير أم الولد ، (فقال القاضي : إذا غاب سيدها غيبة منقطعة) وهي ما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة كما تقدم ، (فطلبت التزويج زوجها الحاكم ، وتقدم في أركان النكاح) لولايته على الغائب.

---

(١) سورة النور ، الآية : ٣٢ .

وقال أبو الخطاب : يزوجها من يلي ماله ومشى عليه هنا في المنتهى ، (ويحرم) على السيد (أن يكلفهم) أي الأرقاء (من العمل ما لا يطيقون وهو ما يشق عليه) أي الرقيق (مشقة كثيرة) بحيث يقرب من العجز عنه ، (فإن كلفه) مشقاً أعانه ، لحديث أبي ذر: « ولا تُكَلِّفُوهُم مَا يَغْلِبُهُمْ فإنْ كَلَّفْتُمُوهُم فأعينُوهُمْ » رواه البخاري . ولأنه مما يشق عليه ، (ولا يجوز تكليف الأمة بالرعي ، لأن السفر مظنة الطمع لبعدها عمن يذب عنها) وقد ذكر صاحب المحرر عن نقل أسماء بنت أبي بكر زوجة الزبير بن العوام النوى على رأسها للزبير من نحو ثلثي فرسخ من المدينة أنه حجة في سفر المرأة السفر القصر بغير محرم ، ورعي جارية الحكم في معناه وأولى . وقال غيره : يجوز ذلك قولاً واحداً إلا أنه ليس بسفر شرعاً ولا عرفاً ولا يتاهب له أهبة ، قاله في المبدع ، (ويجب) على سيد الأرقاء (أن يريحهم وقت قيلولة ونوم وصلاة مفروضة) لأن العادة جارية بذلك ، (و) يجب (أن يركبهم عقبه) بوزن غرفة (عند الحاجة) إذا سافر بهم ليلاً لئلا يكلفهم ما لا يطيقون ، ومعناه يركبهم تارة ويمشيهم أخرى ، (وتستحب مداواتهم إذا مرضوا) قطع به في التنقيح وغيره ، وقال في الإنصاف : قلت : المذهب أن ترك الدواء أفضل على ما تقدم في أول كتاب الجنائز . انتهى . وقال ابن شهاب في كفن الزوجة : العبد لا مال له ، فالسيد أحق بنفقته ومؤنته ، ولهذا النفقة المختصة بالمرض تلزمه من الدواء وأجرة الطبيب بخلاف الزوجة ، (ويجب ختان من لم يكن مختوناً منهم) لعموم ما سبق من أدلة الختان ومحله عند البلوغ ما لم يخف على نفسه ، (وإباق العبد كبيرة) للتوعد عليه ، (ويحرم إفساده على سيده وإفساد المرأة على زوجها) لأنه من السعي بالفساد ومحل كون إباق العبد محرماً إذا لم تكن ضرورة ، ولهذا (قال الشيخ في مسلم نحس في بلاد التتار أبى بيع عبده ، و) أبى (عتقه ويأمره بترك المأمور وفعل المنهى عنه فهربه إلى بلاد) أهل بدع مضلة (فإنه لا حرمة لهذا) النحس الآمر بترك المأمور وفعل المنهي ، (ولو كان في طاعة المسلمين والعبد إذا هاجر من أرض الحرب) مسلماً (فهو حر) إذا حصل بدارنا أو لحق بجيش المسلمين حتى لو سبى سيده لكان له ، وتقدم في الجهاد . (وقال) الشيخ : (ولو لم تلائم أخلاق العبد أخلاق سيده لزمه إخراجه عن ملكه ولا يعذب خلق الله) لقوله ﷺ : « لا تُعَذِّبوا عِبَادَ اللهِ » (١) .

(ويجب أن لا يسترضع الأمة لغير ولدها) لأن فيه إضراراً بولدها للنقص من كفايته وصرف اللبن المخلوق له إلى غيره مع حاجته إليه كنقص الكبير عن كفايته (إلا) أن

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ١٦٨/٥ ، وأخرجه أبو داود ، كتاب الأدب ، باب في حق المملوك ، الحديث (٥١٥٧) .

يكون فضل عنه شيء (بعد ربه) لأنه ملكه ، وقد استغنى عنه الولد فكان له استيفاؤه ، (كما لو مات ولدها وبقي لبنها ولا يجوز له) أي السيد (إجارتها) أي الأمة المزوجة (بلا إذن زوج في مدة حقه) لاشتغالها عنه برضاع وحضانة ، (ويجوز) إيجارها (في مدة حق السيد) لأن له استيفاء حقه بنفسه ونائبه ، (ما لم يضر بها) أي الأمة فلا يجوز لما فيه من الضرر المنهي عنه ، (ويجوز المخارجة باتفاقهما إذا كان ما جعل على الحجم بقدر كسب العبد فأقل بعد نفقته) لما روى أنَّ أبَا طَيْبَةَ حَجَمَ النَّبيّ ﷺ فَأعْطَاهُ أجرَه وأمرَ مَوَاليَهُ أنْ يَحفَظُوا عنهُ من خرَاجه » وكان كثير من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجاً ، وروى « أنَّ الزُّبيرَ كَانَ لَهُ ألفُ مَمْلُوكٍ على كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِرهم كلَّ يَوْم» (وإلا) أي وإن لم يكن للعبد كسب أو وضع عليه أكثر من كسبه (لم يجز) لأنه تكليف له ما لا يطيقه ، (ولا يجبر) على المخارجة (من أباها) من السيد أو العبد، لأنها عقد بينهما ، فلا يجبر عليه كالكتابة (ومعناها) أي المخارجة (أن يضرب) السيد (عليه) أي العبد (خراجاً معلوماً يؤديه إلى سيده كل يوم وما فضل للعبد) قال في الترغيب وغيره : (ويؤخذ من الغني لعبد مخارج هدية طعام متاع وإعارة وعمل دعوة) قال في الفروع : وظاهر هذا أنه كعبد مأذون له في التصرف وجزم بمعناه في المبدع . قالا: وظاهر كلام جماعة لا يملك ذلك ، وإنما فائدة المخارجة ترك العمل بعد الضريبة ، (وفي الهدى للعبد التصرف بما زاد على خراجه) قال في الفروع : كذا قال ، (وللسيد تأديبهم) أي الأرقاء (باللوم والضرب كولد وزوجة) ناشز (والأحاديث الصحيحة تدل على جواز الزيادة) في الرقيق على الزوجة ، منها ما رواه أحمد وأبو داود عن لقيط أن النبي ﷺ قال له : « وَلَا تَضرِبْ ظَعِيتَكَ ضربَ أمَتكَ »[1] ولأحمد والبخاري : « لا يجلِدْ أحَدُكمْ امرَأتَهُ جَلْدَ العَبْدِ ثُمَّ لَعَلَّهُ يُجَامِعُهَا أو يُضَاجِعها مِن آخرِ اليوم » ولابن ماجة بدل العبد الأمة ، فهذه تدل على أن ضرب الرقيق أشد من ضرب المرأة ، (ويسن) للسيد (العفو عنه أو لا) أي قبل التأديب ، (ويكون) العفو (مرة أو مرتين نصاً) نقل حرب : « لا تضرب إلا في ذَنبٍ بَعْدَ عَفْوٍ مَرَّةً أوْ مرَّتين » (ولا يضربه شديداً ولا يضر به إلا في ذنب عظيم نصاً) لقوله ﷺ : « إذا زَنَتْ أمَةُ أحَدِكُم فَلْيَجلِدْها »[2] (ويقيده بقيد إذا خاف عليه) الإباق ، (ويؤدب على فرائضه) أي فرائض الله تعالى من الصلاة والصوم ، (و) يؤدبه السيد (على ما إذا كلفه ما يطيق فامتنع) من امتثاله ،

---

(١) راجع ما قبله .

(٢) الحديث متفق عليه من رواية أبي هريرة ضي الله عنه ، أخرجه البخاري في كتاب البيوع ، باب بيع المدبر ، وأخرجه مسلم في كتاب الحدود ، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى .

(وليس له لطمه في وجهه) لحديث ابن عمر مرفوعاً : « مَنْ لَطَمَ غُلامَهُ فَكَفَّارَتُهُ عِتْقُهُ »[1] رواه مسلم . (ولا خصاؤه ولا التمثيل به) بجذع أنف أو نحوه ويعتق بذلك لما تقدم في العتق ، (ولا يشتم) السيد (أبويه الكافرين لا يعود لسانه الخنا والردا) الخنا بفتح الخاء المعجمة وتخفيف النون الفحش في القول ، وقد أخنى عليه من باب صدى وأخنى عليه في منطقه أي أفحش ، (ولا يدخل الجنة سيء الملكة) [2] رواه الترمذي وابن ماجة عن أبي بكر مرفوعاً . (وهو الذي يسيء إلى مماليكه . قال ابن الجوزي في كتابه السر المصون : « مُعَاشَرَةُ الوَلَدِ بِاللُّطْفِ والتَّأدِيبِ والتَّعْلِيمِ وإذا احْتِيجَ إلى ضَرْبِهِ ضُرِبَ » يعني غير مبرح ، (ويحمل الولد على أحسن الأخلاق ويجنب سيئها) ليعتاد ذلك وينشأ عليه (فإذا كبر) الولد ، (فالحذر منه ولا يطلعه على كل الأسرار ، ومن الغلط ترك تزويجه إذا بلغ ، فإنك تدري ما هو فيه بما كنت فيه فصنه من الزلل عاجلاً خصوصاً البنات) فإن عارهن عظيم ، (وإياك أن تزوج البنت بشيخ أو شخص مكروه) فربما حملهن ذلك على ما لا ينبغي ، (وأما المملوك فلا ينبغي أن تسكن إليه بحال ، بل كن منه على حذر ولا تدخل الدار منهم مراهقاً ولا خادماً ، فإنهم رجال مع النساء ونساء مع الرجال ، وربما امتدت عين امرأة إلى غلام محتقر . انتهى) وكذا خدمة أحرار ، (وإن بعث) أي الرقيق (سيده لحاجة فوجد مسجد يصلي فيه قضى حاجته ثم صلى) فيجمع بين حق الله وحق مواليه وهو ممن يؤي أجره مرتين إذن ، (وإن صلى) أولاً ثم قضى حاجته (فلا بأس) لحصول الغرض ، وإذا خاف فوات الحاجة بالصلاة فله تأخيرها ويقضي حاجته ، لأن الصلاة يدخلها القضاء ، (ومتى امتنع السيد من الواجب عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج فطلب العبد) أو الأمة (البيع لزمه بيعه سواء كان امتناع السيد لعجزه عنه أو مع قدرته عليه) لأن بقاء ملكه عليه إذن عليه إضرار به وإزالة الضرر واجبة ، وقد روى أن النبي ﷺ قال : « جَارِيَتُكَ تَقُولُ : أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْمِلْنِي إلى مَنْ تَتْرُكُنِي » رواه أحمد والدارقطني بإسناد صحيح ، ورواه البخاري من قول أبي هريرة . (ولا يلزمه بيعه بطلبه

---

(١) الحديث ذكره الشارح بمعناه وهو عند مسلم من رواية ابن عمر في كتاب الأيمان ، باب صحبة المماليك ، الحديث (١٦٥٧/٣٠) .

(٢) الحديث من رواية أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، أخرجه أحمد في المسند : ٤/١ ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣٣٤/٤ ، كتاب البر والصلة ، باب ما جاء في الإحسان إلى الخدم ، الحديث (١٩٤٦) ، واللفظ له ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ١٢١٧/٢ ، كتاب الأدب ، باب الإحسان إلى المماليك ، الحديث (٣٦٩١) ، وقوله : سيء الملكة أي سيء الصنيع إلى مماليكه ، وسوء الملكة يدل على سوء الخلق .

مع القيام بما يجب له) لأن الملك للسيد فلا يجبر على إزالته من غير ضرر كطلاق زوجته إذن ، (ولا يتسرى عبد ولو بإذن سيده ، لأنه لا يملك) والوطء لا يكون إلا في نكاح أو ملك يمين للنص ، (وقيل بل) يتسرى (بإذنه نص عليه في رواية جماعة ، واختاره كثير من المحققين) قاله في التنقيح ، وقال في المبدع : هو قول قدماء الأصحاب ، وقال في الإنصاف : وهي طريقة الخرقي وأبي بكر وابن أبي موسى وابن شاقلا ، نقله عنه في الواضح ورجحها المصنف في المغني والشارح ، قال في القواعد الفقهية : وهي أصح ، فإن نصوص أحمد لا تختلف في إباحة التسري له ، وصححه الناظم وقدمه الزركشي ونصره ، (وصححه في الإنصاف وجعله المذهب) فيه نظر ، إنما المذهب لأنه مبني على ملكه ، فعلى القول الثاني (إذا قال له السيد : تسراها أو أذنت لك في وطئها أو ما دل عليه) أي على الإذن في التسري (أبيح له على) هذا (القول) وبه قال ابن عمر وابن عباس وغير واحد من التابعين وعطاء ومجاهد وأهل المدينة ، ولأنه يملك النكاح بإذنه فملك التسري كالحر ، (وعليه) أي على هذا القول (يجوز) أن يأذن له (في) التسري بـ (أكثر من واحدة) كالنكاح ، قال في الشرح والمبدع : فإن أذن له فيه وأطلق تسري بواحدة فقط كالتزويج ، وإن أذن له في أكثر من واحدة فله التسري بما شاء نص عليه ، لأن من جاز له التسري جاز بغير حصر كالحر ، (ولم يملك السيد الرجوع بعد التسري) من العبد بإذنه (نصاً) أي نص عليه في رواية محمد بن ماهان وإبراهيم بن هانيء كالنكاح ، لأنه ملكه بضعاً أبيح له وطؤه كما لو زوجه .



فصل في نفقة البهائم

(ويلزمه) أي المالك (إطعام بهائمه ولو عطبت ، و) يلزمه (سقيها حتى تنتهي إلى أول شبعها وريها دون غايتهما) لحديث ابن عمر مرفوعاً قال : « عُذِّبَتْ المَرْأَةُ في هِرَّةٍ حَبَسَتْهَا حتّى مَاتَتْ جُوعاً لا هِيَ أَطْعَمَتْهَا ولا هِيَ أَرْسَلَتْهَا تأكُلُ حِشَاش الأرْضِ »[1] متفق عليه . (ويلزمه) أي مالك البهيمة (القيام بها والإنفاق عليها وإقامة من يرعاها أو نحوه) لأن بقاءها بغير ذلك تعذيب لها ، (ويحرم أن يحملها ما لا تطيق) حمله ، لأن الشارع منع تكليف العبد ما لا يطيق والبهيمة في معناه ، ولأن فيه تعذيباً للحيوان الذي له حرمة في نفسه وإضراراً به ، (و) يحرم (أن يحلب من لبنها ما يضر بولدها) لأن كفايته واجبة على مالكه أشبه ولد الأمة ، (ويسن للحالب أن يقص أظفاره لئلا

---

(١) سبق تخريجه في عدة مواضع .

يجرح الضرع وجيفتها له) أي المالك (ونقلها عليه) قاله أبو يعلي الصغير ، (فيلزمه أن ينقلها إلى مكان يدفع فيه ضررها عن الناس) لأن نقلها كان له فغرمها عليه ، (ويحرم وسم) في الوجه وضرب في الوجه ، لأنه ﷺ لعن من وسم أو ضرب الوجه ونهى عنه (إلا لمداواة) للحاجة ، (و) يحرم ضرب الوجه (في الآدمي أشد) لأنه أعظم حرمة ، ويجوز وسم البهيمة في غير الوجه لغرض صحيح ، (ويكره خصي غير غنم وديوك) وقال في المنتهى : ويكره خصاء . قال في الفروع : وكره أحمد خصاء غنم وغيرها إلا خوف غضاضة ، وقال : لا يعجبني أن يخصى شيء ، (ويحرم) الخصاء (في الآدميين لغير قصاص ، ولو) رقيقاً وتقدم ، (ويكره تعليق جرس ووتر وجز معرفة وناصية وذنب) للخبر ، (ويحرم لعن الدابة) لما روى أحمد ومسلم عن عمران : « أنه ﷺ كَانَ فِي سَفَرٍ فَلَعَنَتْ امْرَأَةٌ نَاقَةً فقَال : خُذُوا مَا عَلَيْهَا ودَعُوهَا مكَانها مَلْعُونَةً فكَأني أراها الآن تمشي في النّاسِ مَا تَعَرَّضَ لها أحَدٌ » ولهما من حديث أبي برزة: « لا تصاحبنا ناقة عليها لعنة » .

(قال) الإمام (أحمد : قال الصالحون : لا تقبل شهادته) أي شهادة لاعن الدابة ، (وإن امتنع) مالك البهيمة (من الإنفاق عليها أجبر على ذلك) لأنه واجب عليه كما يجبر على سائر الواجبات ، (فإن أبى) الإنفاق عليها (أو عجز) عنه (أجبر على بيع أو إجارة أو ذبح مأكول) لأن بقاءها في يده بترك الإنفاق عليها ظلم ، والظلم تجب إزالته ، (فإن أبى) فعل أخذها (فعل الحاكم الأصلح) من هذه الأمور الثلاثة ، (أو اقترض عليه) وأنفق عليها كما لو امتنع من أداء الدين ، (ويجوز الانتفاع بها في غير ما خلق له ، كـ) الانتفاع ببقر (للحمل أو الركوب وإبل وحمر لحرث ونحوه) لأن مقتضى الملك جواز الانتفاع به فيما يمكن ، وهذا ممكن كالذي خلق له وجرت به عادة بعض الناس ، ولهذا يجوز أكل الخيل واستعمال اللؤلؤ في الأدوية ، وإن لم يكن المقصود منهما ذلك ، وقوله ﷺ : « بيْنَمَا رَجُلٌ يَسُوقُ بَقَرَةً أرادَ أنْ يَرْكَبَهَا قالتْ : إني لمْ أُخلَقْ لِذلِك إنّمَا خُلِقْتُ لِلحَرْثِ » (١) متفق عليه . أي أنه معظم النفع ولا يلزم منه منع غيره ، (ولا يجوز قتلها) أي البهيمة ، (ولا ذبحها للإراحة) لأنها مال ما دامت حية وذبحها إتلاف لها وقد نهى عن إتلاف المال (كالآدمي المتألم بالأمراض الصعبة) أو المصلوب بنحو حديد، لأنه معصوم ما دام حياً ، (و) يجب (على مقتني الكلب المباح)

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الأنبياء ، باب حدثنا أبو اليمان ، وأخرجه مسلم في كتاب فضائل الصحابة ، باب من فضائل أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١٥٤٤) .

وهو كلب صيد وماشية وزرع (أن يطعمه) ويسقيه ، (أو يرسله) لأن عدم ذلك تعذيب له ، (ولا يحل حبس شيء من البهائم لتهلك جوعاً) أو عطشاً ، لأنه تعذيب ولو غير معصوم ، لحديث : « إِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحسِنُوا القِتْلَةَ » ، (ويحسن قتلة ما يباح قتله) للخبر ، (ويباح تجفيف دود القز بالشمس إذا استكمل) كما هو المعتاد (وتدخين الزنابير) دفعاً لأذاها بالأسهل ، (فإن لم يندفع ضررها إلا بإحراقها جاز) إحراقها ، خرجه المصنف في شرحه على منظومة الآداب على القول في النمل والقمل وغيرهما إذا لم يندفع ضرره إلا بالحرق جاز بلا كراهة على ما اختاره الناظم ، وقال : إنه سأل عنه الشيخ شمس الدين شارح المقنع ، فقال ما هو ببعيد ، أما إذا اندفع ضررها بدون الحرق، فقال الناظم: يكره ، وظاهر كلام بعض الأصحاب التحريم حتى في القملة للخبر ، (ولا يجب عيادة الملك الطلق) بكسر الطاء أي المختص به ، وأما المشترك فقد تقدم الكلام عليه في حكم الجوار (إذا كان) الملك المطلق (مما لا روح فيه كالعقار) من دور وبساتين ونحوها (ونحوه) أي نحو العقار كالأواني ، لأنه لا حرمة له في نفسه نفقته على العقار ونحوه لئلا يضيع ، (وإن كان) الملك (المحجور عليه) لصغر أو سفه أو جنون (وجب على وليه عمارة داره) لأنه يجب عليه فعل الأحظ ، (و) يجب على وليه أيضاً (حفظ ثمره وزرعه بالسقي وغيره) لأن إضاعته لماله حرام وفي تركه ذلك إضاعة .



باب الحضانة

بفتح الحاء مصدر حضنت الصغير حضانة ، أي تحملت مؤنته وتربيته والحاضنة التي تربي الطفل سميت به ، لأنها تضم الطفل إلى حضنها ، (وهي) أي الحضانة (حفظ صغير ومجون ومعتوه وهو المختل العقل بما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم كغسيل رأس الطفل ، و) غسل (يديه ، و) غسل (ثيابه ، و) كـ (دهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوه) أي نحو ما ذكر مما يعلق بمصالحه ، (وهي) أي حضانة من ذكر (واجبة) لأنه يهلك بتركها فوجب حفظه عن الهلاك ، (كـ) ما يجب (الإنفاق عليه) وإنجاؤه من المهالك (ومستحقها رجل عصبة) كالأب والجد والأخ لغير أم والعم كذلك (وامرأة وارثة) كالأم والجدة والأخت ، (أو مدلية بوارث كالخالة وبنات الأخوات أو مدلية بعصبة كبنات الإخوة ، و) بنات (الأعمام وذوي رحم) هو مرفوع عطف على رجل عصبة وجره للمجاورة على ما فيه (غير من تقدم) كالعم لأم والجد لأم والأخ لأم ، (وحاكم ، فإذا افترق الزوجان ولهما طفل أو معتوه أو مجنون ذكر أو أنثى فأحق الناس بحضانته أمه كما قبل الفراق مع أهليتها وحضورها وقبولها) قال في المبدع: لا نعلم فيه خلافاً لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « أنَّ امرأةً قالتْ : يَا رسولَ الله ، إنَّ ابني هذا كانَ بَطني لهُ وِعاء وثَدْيي لهُ سقاء وحجْري لَهُ حواء وإنَّ أبَاهُ طَلَّقَنِي وأَرَادَ أنْ يَنْتَزِعَهُ مني ، فقالَ لَهَا النبيّ ﷺ : أنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَم تَنْكحِي »[1] رواه أحمد وأبو داود ، ولفظه له . و« لقضاءِ أبي بكرٍ على عُمَرَ بِعَاصِم ابنِ عُمَرَ لأمِّهِ وقالَ وريحُهَا وَشَمُّهَا وَلَفْظُهَا خيرٌ لهُ مِنْكَ » رواه سعيد في سننه . ولأن الأب لا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى من يقوم به ، والمراد بأهليتها أن تكون حرة عاقلة عدلاً في الظاهر فتقدم ، (ولو بأجرة مثلها) مع متبرعة (كرضاع) فهي أي الأم (أحق) بحضانته (من أبيه) للحديث ، (ولأن أباه لا يتولى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى امرأة وأمة أولى من امرأة أبيه) لشفقتها ، (ولو امتنعت) الأم من حضانته (لم تجبر)

---

(١) الحديث أخرجه عبد الرزاق في المصنف : ٥٣/٧ ، كتاب الطلاق ، باب أي الأبوين أحق بالولد ، الحديث (١٢٥٩٦) ، وأخرجه أحمد في المسند : ١٨٢/٢ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد ، الحديث (٢٢٧٦) ، واللفظ له، وأخرجه الحاكم في المستدرك: ٢٠٧/٢ ، كتاب الطلاق ، باب حضانة الولد ، وقال : « صحيح الإسناد » ، ووافقه الذهبي .

عليها ، لأنها غير واجبة عليها (ثم أمهاتها) القربى فالقربى ، لأن ولادتهن محققة ، فمن في معنى الأم والأقرب ، أكمل شفقة من الأبعد ، (ثم أب) لأنه أقرب من غيره وليس لغيره كمال شفقة فرجح بها ، (ثم أمهاته) لأنهن يدلين بمن هو أحق وقدمن على الجد ، لأن الأنوثة مع التساوي توجب الرجحان دليله مع الأب ، (ثم جد) أبو الأب، لأنه أب أو بمنزلته، (ثم أمهاته) لأنهن يدلين بمن هو أحق وقدمن على الأخوات مع إدلائهن بالأب لما فيهن من وصف الولادة وكون الطفل بعضاً منهن وذلك مفقود في الأخوات ، ثم جد الأب ثم أمهاته ثم جد الجد ثم أمهاته (وهلم جرا ، ثم) الأخوات، لأنهن يشاركن في النسب وتقدم منهن (أخت لأبوين) لقوة قرابتهن ، (وتقدم أخت من أم على أخت من أب) لأن الأم مقدمة على الأب فقدم من يدلي بالأم على من يدلي به ، (و) تقدم (خالة على عمة) لأن الخالة تدلي بالأم ، ولأن الشارع قدم خالة ابنة حمزة على عمتها صفية ، لأن صفية لم تطلب وجعفراً طلب نائباً عن خالتها فقضى الشارع بها لها في غيبتها ، (و) تقدم (خالة أم على خالة أب) كالأخوات ، (و) تقدم (خالات أبيه على عماته) أي الأب ، لأن خالاته يدلين بأمه وعماته يدلين بأبيه والأم أحق منه ، (و) تقدم (من يدلى بعمات وخالات بأم) فقط (على من يدلى بأب) وحده ، لأن الأم مقدمة على الأب فقدم من يدلى بها ومن يدلى بالأبوين منهما مقدم على من يدلى بأحدهما (وتحريره) أي الأحق بالحضانة أن تكون الأحق بالحضانة (أم ثم أمهاتها القربى فالقربى ثم أب ثم أمهاته) كذلك القربى فالقربى ، (ثم جد ثم أمهاته كذلك) القربى فالقربى ويقدم أيضاً من الأجداد الأقرب فالأقرب ، (ثم الأخت لأبوين، ثم) أخت (لأم ثم) أخت (لأب ثم خالة لأبوين ثم) خالة (لأم ثم) خالة (لأب ثم عمات كذلك) أي تقدم من الأبوين ثم لأم ثم لأب ، (ثم خالات أمه) كذلك ثم خالات أبيه ثم عمات أبيه كذلك (ثم بنات إخوته و) بنات (أخواته) كذلك (ثم بنات أعمامه و) بنات (عماته) كذلك (ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه كذلك على التفصيل المقدم) تقدم من لأبوين ثم من لأم ثم من لأب ، (وتقدمت حضانة لقيط) وأن الأحق بها واجداه في باب اللقيط ، (ثم) يقدم من تقدم الحضانة (لباقي العصبة الأقرب فالأقرب) لأن لهم ولاية وتعصيباً بالقرابة فتثبت لهم الحضانة كالأب ، (فإن كانت أنثى فـ) الحضانة عليها كمعصبة (من محارمها ولو برضاع ونحوه) كمصاهرة بأن تكون ربيبة له دخل بأمها (فلا حضانة عليها لابن العم ونحوه) كابن عم الأب إذا لم يكن محرماً برضاع ونحوه (لأنه ليس من محارمها ، وفي المغني وغيره) كالشرح والنظم (إذا بلغت سبعاً) لم تسلم إليه ، أي إلى ابن العم غير المحرم

(وقبلها) أي السبع (له) أي ابن العم (الحضانة عليها) لأنه لا حكم لصورتها وليست محلاً للشهوة ، (وهو قوي وقطع به في المنتهى وهو معنى ما تقدم في الحج من قولهم ، وحيث اعتبر فلمن لعورتها حكم فإن لم يكن لبنت سبع سوى ابن عمها ونحوه ممن ليس محرماً لها سلمها إلى ثقة يختاره أو إلى محرمة) وكذا أم تزوجت وليس لولدها غيرها (وإن اجتمع أخ وأخت أو عم وعمة أو ابن أخ وبنت أخ أو ابن أخت وبنت أخت قدمت الأنثى على من في درجتها من الذكور) لأن الأنوثة مع التساوي توجب الرجحان كما تقدم الأم على الأب وأم الأب على أبي الأب ، ثم تكون الحضانة (لذوي الأرحام رجالاً ونساء غير من تقدم) لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم أشبهوا البعيد من العصبة ، (فيقدم أبو أم ثم أمهاته ، لأن أبا الأم يدلى إليها بالأبوة والأخ يدلي بالبنوة والأب يقدم على الابن) في الولاية فيقدم في الحضانة، لأنها ولاية ، (ثم أخ من أم) لأنه يرث بالفرض ويسقط ذوي الأرحام ثم خال ثم حاكم فيسلمه إلى من يحصنه من المسلمين ممن فيه أهلية وشفقة ، (ولو استؤجرت) المرأة (للرضاع والحضانة لزماها) بالعقد ، (وإن استؤجرت للرضاع وأطلق) العقد (لزمتها الحضانة تبعاً) للرضاع قدمه في الرعاية الكبرى ، وقيل : لا يلزمها سوى الرضاع ، وقدمه ابن زرين في شرحه ، (و) إن استؤجرت (للحضانة وأطلق) العقد (لم يلزمها الرضاع) قال في تصحيح الفرع : والصواب الرجوع من ذلك إلى العرف والعادة فيعمل بهما ، (وإن امتنعت الأم أو غيرها من الحضانة أو كانت غير أهل لها انتقلت إلى من بعدها) كما لو لم تكن ، (ومن أسقط حقه منها) أي الحضانة (سقط) لإعراضه عنه وله العود في حقه (متى شاء) لأنه يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة . انتهى .

★ ★ ★

(فصل في حكم حضانة الرقيق)[1]

ولا حضانة لرقيق لعجزه عنها بخدمة سيده ، (ولا) حضانة أيضاً (لمن بعضه حر ولو كان بينه وبين سيده مهايأة) لأنه لا يملك نفعه الذي تحصل به الكفاءة ، وقال في الهدى : لا دليل على اشتراط الحرية ، (فإن كان بعض الطفل) المحضون ، وكذا المجنون والمعتوة (رقيقاً ، و) الحضانة (لسيده وقريبه بمهايأة ، لأن حضانة الطفل الرقيق لسيده) والحرية لقريبه ، (والأولى لسيده أن يقره مع أمه) أو نحوها ، لأنها أشفق ، (ولا) حضانة أيضا (لفاسق) لأنه لا يوفي الحضانة حقها ، (ولا) حضانة أيضاً (لكافر على مسلم) بل ضرره أعظم ، لأنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتربيته علَيه ، وفي ذلك كله ضرر ، (ولا) حضانة (لمجنون ولو غير مطبق ولا

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

لمعتوه ولا لطفل) لأنهم يحتاجون لمن يحضنهم ، (ولا) حضانة أيضاً (لعاجز عنها كأعمى ونحوه) كزمن ، لحصول المقصود به . (قال الشيخ : وضعف البصر يمنع من كمال ما يحتاج إليه المحضون من المصالح . انتهى . وإذا كان بالأم برص أو جزام سقط حقها من الحضانة) كما أفتى به المجد بن تيمية ، (وصرح بذلك العلائي الشافعي في قواعده ، وقال : لأنه يخشى على الولد من لبنها ومخالطتها . انتهى) قال في الإنصاف، وقال غير واحد : وهو واضح في كل عيب متعد ضرره إلى غيره وإلا فخلاف لنا ، (ويأتي في التقرير أن الجذمى ممنوعون من مخالطة الأصحاء) فمنعهم من حضانتهم أولى ، (ولا لامرأة مزوجة لأجنبي من الطفل) لقوله ﷺ : « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تُنْكَحِي »[1] ولأنها تشتغل عن حضانته بحق الزوج فتسقط حضانتها (من حين العقد) لأنها بالعقد ملك منافعها واستحق زوجها منعها من الحضانة فسقطت حضانتها ، (ولو رضي الزوج لئلا يكون) المحضون (في حضانة أجنبي ، فإن كان الزوج ليس أجنبياً كجده) أي المحضون (وقريبه فلها الحضانة) لأن الزوج القريب يشاركها في القرابة والشفقة عليه أشبه الأم إذا كانت مزوجة بالأب ، (ولو اتفقا) أي أبو المحضون وأمه (على أن يكون) الولد (في حضانتها وهي) أي الأم (مزوجة ورضى زوجها جاز) ذلك ، (ولم يكن لازماً) لأن الحق لا يعدوهم وأيهم أراد الرجوع فله ذلك ، (ولو تنازع عمان ونحوهما) كأخوين وابني أخ وابني عم (واحد منهما متزوج بالأم أو الخالة فهو أحق) بالحضانة، لأنه يليها بمن له قرابة وشفقة، (فإن زالت الموانع كأن عتق الرقيق وأسلم الكافر وعدل الفاسق ولو ظاهراً وعقل المجنون وطلقت الزوجة ولو رجعياً ولو لم تنقض العدة رجعوا إلى حقهم) من الحضانة ، لأن سبيلها قائم ، وإنما امتنعت لمانع ، فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم ، ونظير هذه المسألة لو وقف على أولاده وشرط أن من تزوج من البنات لاحق لها فتزوجت واحدة منهن أو أكثر ، (ثم طلقت عاد إليها حقها) لفوات شرطه ، (فإن طلقت وكان قد أراد برها) ما دامت عازبة (رجع) إليها (حقها كالوقف) على بناته على أن من تزوج منهن فلا حق لها ، (وإن أراد صلتها ما دامت حافظة لحرمة فراشه فلا حق لها) لأنها قد أزالت ذلك بتزويجها ، وهذا إذا علمت إرادته واضح ، فإن لم تعلم ما أراد فقال ابن نصر الله : يحتمل وجهين للاحتمالين . وفي الإنصاف قلت : يرجع في ذلك إلى حال الزوج عند الوقف ، فإن دلت قرينة على أحدهما عمل به وإلا فلا شيء لها ، (ولا تثبت الحضانة على البالغ الرشيد العاقل) لأنه استقل بنفسه وقدر على إصلاح أموره بنفسه فوجب انفكاك الحجر

(١) راجع ما قبله .

عنه ، (وإليه الخيرة في الإقامة عند من شاء من أبويه) لأنه لم تثبت الولاية عليه لأحد، (فإن كان رجلاً فله الانفراد بنفسه إلا أن يكون أمرد يخاف ليه الفتنة فيمنع من مفارقتهما) دفعاً للمَفسدة ، (ويستحب) للولد (أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره عنهما) لحديث : « مَنْ أبَرُّ » ، (وإن كانت جارية فليس لها الانفراد) بنفسها (ولأبيها وأوليائها عند عدمه منعها منه) أي من الانفراد، لأنه لا يؤمن عليها أن تخدع ، (و) يجب (على عصبة المرأة منعها من المحرمات) بل كل من قدر على ذلك وجب عليه، لأنه نهى عن منكر ، (فإن لم تمنع إلا بالحبس حبسوها ، وإن احتاجت إلى القيد قيدوها وما ينبغي للولد أن يضرب أمه) لأنه قطيعة لها ، ولكن ينهي ويداريها ، (ولا يجوز لهم) أي لعصبات المرأة أماً كانت أو غيرها (مقاطعتها بحيث تتمكن من السوء ، بل) ينهونها (بحسب قدرتهم ، وإن احتاجت إلى رزق وكسوة كسوها) يقوم بذلك من وجب عليه نفقتها على ما تقدم في النفقات ، (وليس لهم إقامة الحد عليها) لأن إقامته تختص بالحاكم والسيد ، (ومتى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد مسافة قصر فأكثر آمن هو) أي البلد (والطرق ليسكنه ، فالأب أحق بالحضانة) سواء كان المقيم هو الأب أو المنتقل ، لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب الصغير وحفظ نسبه ، فإذا لم يكن الولد في بلد الأب ضاع . (قال في الهدي : هذا كله ما لم يرد) المنتقل (بالنقلة مضارة الآخر) أي ما لم يرد الأب بالانتقال مضارة الأم (وانتزاع الولد) منها ، (فإذا أراد ذلك لم يجب إليه) بل يعمل ما فيه مصلحة الولد (انتهى) قال في المبدع : وهو مراد الأصحاب قال في الإنصاف : أما صورة المضارة فلا شك فيها وأنه لا يوافق على ذلك ، (وإن كان البلد) المنتقل إليه (قريباً) أي دون مسافة القصر (للسكنى فأم أحق) لأنها أتم شفقة والسفر القريب كالسفر ، (وإن كان) السفر (بعيداً) لحاجة ثم يعود ، (ولو حج أو) كان السفر (قريباً لحاجة ثم يعود ، أو) كان السفر (بعيداً للسكنى لكنه مخوف هو أو الطريق فمقيم) منهما (أولى) لأن في المسافرة بالطفل إضراراً به مع الحاجة إليه .

(فإن اختلفا) أي الأب والأم ، (فقال الأب : سفري للإقامة ، وقالت الأم : بل) سفرك (لحاجة وتعود ، فقوله مع يمينه) لأنه أدرى بمقصوده ، (وإن انتقلا) أي الأبوان (جميعاً إلى بلد واحدة ، فالأم باقية على حضانتها) لعدم ما يسقطها ، (وإن أخذه الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا) أي الأبوان (عادت إلى الأم حضانتها) لزوال المانع . انتهى .



(فصل في حضانة الطفل)[1]

وإذا بلغ الغلام سبع سنين عاقلاً واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما جاز ، لأن الحق في حضانته إليهما لا يعدوهما ، (وإن تنازعا) أي الأبوان (فيه) أي في حضانته (خيره الحاكم بينهما فكان مع من اختار منهما) أي من أبويه ، قضى به عمر ورواه سعيد وعليّ ، ورواه الشافعي والبيهقي . وروى أبو هريرة قال : « جَاءَتْ امْرَأَةٌ إلى النبي ﷺ فَقَالَتْ: إنَّ زَوْجِي يُرِيدُ أنْ يذهب بابني وقَدْ سَقَانِي مِنْ بِئْرِ أبِي عُيَيْنَةَ ونَفَعني، فقال النبيُّ ﷺ : هذا أبوك وهذِهِ أُمُّكَ فَخُذْ بِيَدِ أيهما شِئْت فَأَخَذَ بِيَدِ أُمِّه فَانْطَلَقَتْ بِه»[2] رواه الشافعي وأحمد والترمذي وصححه ورجاله ثقات . ولأنه إذا مال إلى أحد أبويه دل على أنه أرفق به وأشفق عليه وقيد بالسبع ، لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالصلاة بخلاف الأم ، فإنها قدمت في حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته ، لأنها أعرف بذلك . (قال ابن عقيل : مع السلامة من فساد ، فأما إن علم أنه يختار أحدهما ليمكنه من فساد ويكره الآخر للأدب لم يعمل بمقتضى شهوته . انتهى) لأن ذلك إضاعة له ، (ولا يخير) الغلام بين أبويه (قبل سبع) لما سبق ، (فإن اختار) الغلام (أباه كان عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه) أحق بتمريضه في بيتها) لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة ، (وإن اختار) الغلام (أمه كان عندها ليلاً) لأنه وقت السكن وانحياز الرجال إلى المنازل ، (و) يكون (عند أبيه نهاراً ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه) لأن ذلك هو القصد في حفظ الولد ، (فإن عاد) الغلام (فاختار الآخر نقل إليه وإن عاد فاختار الأول رد إليه هكذا أبداً) لأن هذا اختيار تشبه وقد يشتهي أحدهما في وقت دون آخر فأتبع بما يشتهيه ، (فإن لم يختر أحدهما أو اختارهما) أي

---

(١) العنوان من وضع المحقق لزيادة بيان وليس في جميع النسخ .

(٢) الحديث أخرجه الشافعي في المسند : ٢/ ٦٢ - ٦٣ ، كتاب الطلاق ، الباب السابع في الحضانة ، الحديث (٢٠٥) ، واللفظ له ، وأخرجه سعيد بن منصور في السنن : ٢/ ١١٠ ، باب الغلام بين الأبوين ، الحديث (٢٢٧٥) ، واللفظ له ، وأخرجه أحمد في المسند : ٢/ ٢٤٦ ، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف : ٧/ ١٥٧ ، كتاب الطلاق ، باب أي الأبوين أحق بالولد ، الحديث (١٢٦١١) ، وأخرجه الترمذي في السنن : ٣/ ٦٣٨ ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في تخيير الغلام، الحديث (١٣٥٧) ، وقال : « حسن صحيح » ، وأخرجه ابن حبان ، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص٢٩١) ، كتاب القضاء ، باب التخيير ، الحديث (١٢٠٠) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى (٣١٨) كتاب النفقات ، باب الأبوين إذا افترقا .

الأبوين (أقرع) بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، (ثم إن اختار غير من قدم بالقرعة رد إليه) كما لو اختاره ابتداء ، (ولا يخير) الغلام (إذا كان أحد أبويه ليس من أهل الحضانة) لأن غير الأهل وجوده كعدمه ، (وتعين أن يكون) الغلام (عند الآخر) الذي هو أهل للحضانة كما قبل السبع ، (وإن اختار) ابن سبع (أباه ثم زال عقله رد إلى الأم) لحاجته إلى من يتعاهده كالصغير (وبطل اختياره) لأنه لا حكم لكلامه (والجارية إذا بلغت سبع سنين فأكثر فعند أبيها إلى البلوغ) وجوباً (وبعده) أي البلوغ تكون (عنده) أي الأب (أيضاً إلى الزفاف) بوزن كتاب (وجوباً ولو تبرعت الأم بحضانتها) لأن الغرض من الحضانة الحفظ والأب أحفظ لها وإنما تخطب منه ، فوجب أن تكون تحت نظره ليؤمن عليها من دخول النساء ، لكونها معرضة للآفات لا يؤمن عليها للانخداع لغرتها ، ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبي ﷺ عائشة وهي بنت سبع ولا يصار إلى تخييرها ، لأن الشرع لم يرد به فيها (ويمنعها) الأب من (الانفراد وكذلك من يقوم مقامه) لأنها لا تؤمن على نفسها ، (وإذا كانت عند الأم أو الأب فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً ، فإن تأديبها وتخريجها في جوف البيت) من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ، ولا حاجة بها إلى الإخراج منه بخلاف الغلام ، (ولا يمنع أحدهما) أي الأبوين (من زيارتها عند الآخر) لأن فيه حملاً على قطيعة الرحم (من غير أن يخلو الزوج بأمها ولا يطيل) المقام ، لأن الأم صارت بالبينونة أجنبية منه (والورع إذا زارت) امرأة (ابنتها تحري أوقات خروج أبيها إلى معاشه لئلا يسمع كلامها) والكلام ليس بعورة ، لكن يحرم تلذذ بسماعه ، (وإن مرضت) البنت (فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب) لحاجتها إلى ذلك ، (ويمنع) الأم (من الخلوة بها) أي البنت (إن كانت البنت مزوجة إذا خيف) منها (الفتنة بينها وبين زوجها) والإضرار به ، (وكذلك الغلام) تمنع أمه من الخلوة به إذا خيف إفساده ، (وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع الولد ذكراً كان أو أنثى من عيادته) لئلا يكون إغراء بقطيعة الرحم ، (و) لا يمنع من تكرر (ذلك) فيعيد مرة بعد مرة ، (ولا) يمنع أيضاً (من حضوره عند موته ، و) لا من (تولي جهازه) لأن ذلك من الصلة والبر ، (وأما في حال الصحة فالغلام يزور أمه) على العادة (والأم تزور ابنتها) كما تقدم ، لأن الحاجة داعية إلى ذلك والبنت أحق بالستر والصيانة ، لأنها مخدرة بخلاف أمها (والغلام يزور أمه على ما جرت به العادة كاليوم في الأسبوع ، وإن مات الولد حضرته أمه) لتعاهد بل حلقه ونحوه ، لأنها أرفق أهله ، (وتتولى) من ولدها إذا احتضر (ما تتولاه حال الحياة فتشهده في حال نزعه

وتشد لحيته وتوجهه) إلى القبلة (وتشرف على من يتولى غسله وتجهيزه) لأن ذلك كله من البر والصلة ، (ولا تمنع من جميع ذلك إذا طلبته ، فإن أرادت الحضور بما ينافي يالشرع من تخريق ثوب ولطم خد ونوح منعت) منه كما تمنع لو كانت في حيال زوجها، لأن ذلك محرم كما تقدم في الجنائز ، (فإذا امتنعت) من ذلك ، (وإلا حجبت عنه إلى أن تترك المنكر) فيجب نهيها وكفها عنه بما يزال به المنكر ، ولا ينبغي لين القول للنساء في ذلك ، (وإن استوى اثنان فأكثر في حضانة ممن له دون سبع سنين كالأختين) شقيقتين أو لأم أو لأب (والأخوين) كذلك (ونحوهما) كالعمين (قدم أحدهما بقرعة) لعدم المرجح ، (فإذا بلغ) المحضون (سبعاً ، ولو) كان (أنثى كان عند من شاء منهما) لأنه لا مزية للبعض ، ولا يمكن الجمع (وسائر العصبات الأقرب فالأقرب منهم كأب عند عدمه أو عدم أهليته) لقيامه مقام الأب ، فيكون بمنزلته (في التخيير) بينه وبين الأم إذا بلغ الغلام سبعاً (والإقامة والنقلة) إذا أراد أحدهما سفراً على ما تقدم تفصيله (إذا كان) العصبة (محرماً للجارية كما تقدم) ولو برضاع أو مصاهرة (وسائر النساء المستحقات لها) أي للحضانة كالجدة والعمة والخالة (كأم في ذلك) أي في التخيير والإقامة والنقلة (ولا يقر الطفل) ذكراً كان أو أنثى (بيد من لا يصونه ، و) لا (يصلحه) لأن وجود من لا يصونه ولا يصلحه كعدمه فتنقل عنه إلى من يليه (والمعتوه ولو أنثى) يكون (عند أمه ولو بعد البلوغ) لحاجته إلى من يخدمه ويقوم بأمره ، والنساء أعرف بذلك .

« **تتمة** » : قال في المبدع : لم أقف في الخنثى المشكل بعد البلوغ على نقل ، والذي ينبغي أن يكون كالبنت البكر حت يجيء في جواز استقلاله وانفراده عن أبويه الخلاف .





كتاب الجنايات

(وهي جمع جناية . وهي) لغة : التعدي على بدن أو مال . وشرعاً : (التعدي على الأبدان بما يوجب قصاصاً أو غيره) أي مالاً أو كفارة ، وسموا الجناية على الأموال غصباً ونهباً وسرقة وخيانة وإتلافاً (قتل الآدمي بغير حق) بأن لا يكون مرتداً ، أو زانياً محصناً ، أو قاتلاً لمكافئه ، أو حربياً (ذنب كبير وفاعله فاسق) لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمَ خَالِداً فِيهَا ﴾ [1] الآية ، وقوله ﷺ : « لا يَحِلُّ دَمُ امْرِيءٍ يَشْهَدُ أنْ لا إلَهَ إلا الله وأنِّي رَسُولُ الله إلا بإحْدَى ثَلاثٍ : الثَّيِّبُ الزَّانِي ، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ المُفَارِقُ لِلْجمَاعَةِ » [2] متفق عليه .

(وأمره) أي القاتل (إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له) لقوله تعالى : ﴿ إنَّ اللهَ لا يَغْفِرُ أنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ ﴾ [3] (وتوبته مقبولة) لعموم الأدلة ، وقاله أكثر أهل العلم ، وخالف ابن عباس لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً ﴾[4] الآية ، وهي من آخر ما نزل لم ينسخهما شيء ، وحجة الأكثر أن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء فهو تحت المشيئة ، والآية الأولى محمولة على من قتله مستحلاً ولم يتب أو على أن هذا جزاؤه إن جازاه وله العفو إن شاء ، لا يقال : لفظ الآية لفظ الخبر ، والأخبار لا يدخلها النسخ ، لأنا نقول : يدخلها التخصيص والتأويل ، (ولا يسقط حق المقتول في الآخرة بمجرد التوبة) كسائر حقوقه . (قال الشيخ : فعلى هذا يأخذ المقتول من حسنات القاتل بقدر مظلمته) بكسر اللام وفتحها ، (فإن اقتص) للمقتول (من القاتل أو عفا عنه) أي عفى وليه عن القصاص ، (فهل يطالبه المقتول في الآخرة على وجهين) أحدهما : يطالبه ويؤيده ما (قال القاضي عياض في حديث صاحب التسعة وهو حديث صحيح مشهور) فيه أن النبي ﷺ قال : « إنَّمَا تُرِيدُ أنْ تَبُوءَ بِإثْمِكَ وإثْمِ صَاحِبِكَ » (في هذا الحديث أن قتل القصاص لا يكفر ذنب القاتل بالكلية ، وإن كفر ما بينه وبين الله تعالى كما جاء في الحديث الآخر فهو) أي

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٩٣ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الديات ، باب قول الله تعالى : ﴿ إن النفس بالنفس ﴾ سورة المائدة ، الآية : ٤٥ ، وأخرجه مسلم في كتاب القسامة ، باب ما يباح به دم المسلم.

(٣) سورة النساء ، الآية : ٤٨ . (٤) سورة النساء ، الآية : ٩٣ .

قتل القصاص (كفارة له) أي لحق الله (ويبقى حق المقتول) فله الطلب به . قال في النهاية في باب النون مع السين النسعة بالكسر سير مضفور يجعل زماماً للبعير وغيره ، وقد ينسج عريضة تجعل على صدر البعير ، (ويأتي في باب المرتد له تتمة) وتوضيح (والقتل) وهو فعل ما يكون سبباً لزهوق النفس وهو مفارقة الروح البدن (ثلاثة أضرب) أحدها : (عمد يختص القصاص به) دون قسيمة ، (و) الثاني : (شبه عمد ، و) الثالث : (خطأ) وهذا تقسيم أكثر أهل العلم ، وأنكر مالك شبه العمد ، وقال : «لَيسَ فِي كِتَابِ اللهِ إلا الْعَمْدُ وَالخَطَأُ » ، وجعل شبه العمد من قسم العمد ، وحكى عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: « ألا إنَّ دِيَةَ الخَطَأ شِبْهِ الْعَمْدِ مَا كَانَ بِالسَّوْطِ وَالْعَصَا مائَةٌ مِنَ الإبِلِ مِنْهَا أرْبَعُون فِي بُطُونِهَا أوْلادُهَا » [(١)] رواه أبو داود . وهذا نص في ثبوت شبه العمد ، وقسمه الموفق في المقنع إلى أربعة أقسام ، فزاد ما أجرى مجرى الخطأ ، وهو أن ينقلب النائم على شخص فيقتله ومن يقتل بسبب كحفر بئر محرم ونحوه ، وهذه الصور عند أكثر أهل العلم من قسم الخطأ . (ويشترط في القتل العمد القصد) فإن لم يقصد القتل فلا قصاص ، لحديث : « عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

(فـ) القتل (العمد أن يقتل قصداً بما يغلب على الظن موته) أي المقتول (به عالماً بكونه) أي المقتول (آدمياً معصوماً) فلا قصاص بما لا يقتل غالباً ، لأن حصول القتل بما لا يغلب على الظن موته به يكون اتفاقاً لسبب أوجب الموت غيره وإلا لما تخلف الموت عنه في غير تلك الحال على الأكثر ، وكذا لا قصاص إن لم يقصد أو قصد غير معصوم، (وهو) أي قتل العمد الموجب للقصاص (تسعة أقسام) للاستقراء: (أولها: أن يجرحه بمحدد له مور) بفتح الميم وسكون الواو (أي دخول وتردد في البدن يقطع اللحم والجلد كسكين وسيف وسنان وقدوم أو يغرزه بمسلة) بكسر الميم ، (أو ما في معناه) أي حجام المحدد المذكور (مما يحدد ويحدد ويجرح من حديد ونحاس ورصاص وذهب وفضة وزجاج وحجر وخشب وقصب وعظم جرحاً ولو صغيرا كشرط حجام فمات) المجروح، (ولو طالت علته منه ولا علة به غيره) أي الجرح ولو كان في غير مقتل كالأطراف، لأن

---

(١) الحديث أخرجه الشافعي في المسند : ١٠٨/٢ ، كتاب الديات ، الحديث (٣٦١) ، واللفظ له، وأخرجه أحمد في المسند : ١١/٢ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الديات ، باب في دية الخطأ ، الحديث (٤٥٤٩) ، وأخرجه النسائي في المجتبى من السنن : ٤٢/٨ ، كتاب القسامة ، باب ذكر الاختلاف على خالد الحذاء ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٨٧٨/٢ ، كتاب الديات ، باب دية شبه العمد ، الحديث (٢٦٢٨)، وأخرجه الدارقطني في السنن: ١٠٥/٣، كتاب الديات ، الحديث (٨٠) .

المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل بدليل ما لو قطع شحمة أذنه أو أنملته فمات ، ولأن العمد لا يختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الإفضاء وإبطائه ، ولأن في البدن مقاتل خفية ، وهذا له سراية ومور ، فأشبه الجرح الكبير ، (ولو لم يداوه) أي الجرح (قادر عليه) أي الدواء ، لأنه ليس بواجب ، بل ولا مستحب فتركه ليس بقاتل (أو يغرزه) الجاني (بإبرة أو شوكة ونحوها) من كل محدد صغير (في مقتل) كالعين والفؤاد ، (وهو) القلب (والخاصرة والصدغ وأصل الأذن والخصيتين فمات) في الحال، (أو) جرحه (بإبرة ونحوها) في غير مقتل (كالإلية والفخذ فمات في الحال ، أو) لم يمت في الحال ، لكن (بقي ضمناً) بفتح الضاد وكسر الميم أي متألماً (حتى مات) ففي ذلك كله القود ، لأن الظاهر أنه مات بفعل الجاني ، (وإن قطع) أي أبان سلعة خطرة من أجنبي مكلف غير إذنه فمات فعليه القود ، (أو بط) أي شرط (سلعة خطرة) ليخرج ماءها (من أجنبي مكلف بغير إذنه فمات فعليه القود) لأن جرحه بغير إذنه جرحاً لا يجوز له ، فكان عليه القود وحيث تعمده كغيره ، فإن كان بإذنه فلا ضمان ، لكن إن جنت يده أو كان غير حاذق ضمنه بديته ، (وإن فعله حاكم من صغير أو مجنون) لمصلحة فلا شيء عليه ، (أو) فعله (وليهما) أي ولي الصغير والمجنون (لمصلحة فلا شيء عليه) سواء كان الولي أباً أو وصيه ، لأنه محسن بذلك كما لو ختنه فمات .

القسم (الثاني : أن يضر به بمثقل) كبير (فوق عمود الفسطاط الذي تتخذه العرب لبيوتها فيه رقة ورشاقة لا) بمثقل (نحو) أي كعمود الفسطاط وهو الخشبة التي يقوم عليها بيت الشعر ، لأن النبي ﷺ « لَمَّا سُئِلَ عَنِ الْمَرْأَةِ الَّتِي ضَرَبَتْ جَارِيَتَهَا بِعَمُودِ فُسْطَاطٍ فَقَتَلَتْهَا وَجَنِينَهَا ، قَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ فِي الْجَنِينِ بِغُرَّةٍ دية الْمَرْأَةِ على عَاقِلَتِهَا» والعاقلة لا تحمل العمد ، فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد ، وأن العمد يكون بما فوقه ، (وأما العمود تتخذه الترك وغيرهم لخيامهم فالقتل به عمد، لأنه يقتل غالباً أو يضربه بما يغلب على الظن موته كاللت) بضم اللام وتشديد المثناة فوق (نوع من السلاح والدبوس وعقب الفاس والكوذين الخشبة الثقيلة التي يدق بها الدقاق الثياب والسندان ، أو) يضرب بـ (حجر كبير أو يلقي عليه حائطاً أو سقفاً أو صخرة أو خشبة عظيمة أو يلقيه من شاهق أو يكرر الضرب) عليه (بخشبة صغيرة أو حجر صغير) لأن ذلك كله مما يقتل غالباً (أو يضربه به) أي بما ذكر من الخشبة الصغيرة أو الحجر الصغير (مرة) في مقتل ونحوه أو (يلكزه بيده في مقتل أو في حال ضعف قوة من مرض أو صغر أو كبر أو حر مفرط أو برد شديد ونحوه فمات فعليه القود) لأن ذلك الفعل يقتل غالباً ، (وإن ادعى جهل المرض في ذلك كله لم يقبل) وكذا إن قال : لم

أقصد قتله لم يصدق ، لأن الظاهر خلافه ، (وإن لم يكن كذلك) أي وإن لم يكن الضرب بما ذكر من الخشبة الصغيرة أو الحجر الصغير أو اللكز باليد في مقتل ولا في حال ضعف قوة ونحوه مما ذكر ، (ففيه الدية ، لأنه عمد الخطأ) لكونه لا يقتل غالباً إذن (إلا أن يصغر جداً كالضربة بالقلم أو الإصبع في غير مقتل ونحوه أو مسه بالكبير ولم يضربه) به (فلا قود فيه ولا دية) لأن ذلك الفعل لا يتسبب عنه قتل .

القسم (الثالث : أن يجمع بينه وبين أسد أو نمر بضيق كزبية ونحوها وزبية الأسد) بضم الزاي (حفرة تحفر له شبه البئر) قال في الحاشية : الزبية حفرة في موضع عال يصاد فيها الأسد وغيره ، (فيفعل به) الأسد ونحوه (بما يقتل مثله) لأنه إذا تعمد الإلقاء فقد تعمد قتله بما يقتل غالباً ، (وإن فعل به) أي الأسد أو نحوه (ما يقتل مثله فعليه القود) لأنه إذا تعمد الإلقاء فقد تعمد قتله بما يقتل غالباً ، (وإن فعل به) الأسد ونحوه (فعلاً أو فعله الآدمي لم يكن عمداً فلا قود) لأن السبع صار آلة للآدمي ، فكان فعله كفعله ، (وإن ألقاه مكتوفاً بحضرة سبع فقتله ، أو) ألقاه/(بمضيق بحضرة حية فنهشته أو لسعه عقرب من القواتل فقتله فعليه القود) لأن هذا يقتل غالباً فكان عمداً محضاً ، (وإن أنهشه) بالمعجمة والمهملة سواء ، وقيل بالمهملة الأخذ بأطراف الأسنان وبالمعجمة بالأضراس (كلباً أو سبعاً) المراد به هنا الحيوان المفترس (أو حية من القواتل وهو) أي ذلك الفعل (يقتل غالباً فعمد) يقاد به ، لأنه يقتل غالباً ، (وإن كان) ما ذكر من إنهاش الكلب أو السبع أو الحية (لا يقتل غالباً كثعبان الحجاز أو سبع صغير) أو كلب صغير (أو كتفه وألقاه في أرض غير مسبعة) بفتح الميم أي كثيرة السباع (فأكله سبع أو نهشته حية فمات فشبه عمد) فيضمنه بالدية على عاقلته والكفارة في ماله ، لأنه فعل فعلاً تلف به ، وهو لا يقتل مثله غالباً ، (وكذلك إن ألقاه مشدوداً في موضع لم يعهد وصول زيادة الماء إليه أو تحتمل زيادة الماء وعدمها فيه) فوصلت الزيادة ومات فشبه عمد لما سبق ، (وإن كان يعلم زيادة الماء في ذلك الوقت) وألقاه مشدوداً ، (فمات به فهو عمد) لأنه يقتل غالباً .

القسم (الرابع : ألقاه في ماء يغرقه أو نار لا يمكنه التخلص منهما) أي من الماء والنار (إما لكثرتهما أو لعجزه عن التخلص لمرض أو ضعف أو صغر أو كان مربوطاً أو منعه الخروج كونه في حفرة لا يقدر على الصعود منها ونحو هذا فمات) فعمد ، لأن الموت حصل بعد فعل يغلب على الظن إسناد القتل إليه فوجب كونه عمداً ، (أو حبسه في بيت وأوقد فيه ناراً وسد المنافذ) التي للبيت (حتى) اشتد الدخان وضاق به النفس أو دفنه حياً أو ألقاه في بئر ذات نفس عالماً بذلك ، فمات فعمد ، لأن ذلك يقتل مثله

غالباً (وإن ألقاه في ماء يسير يقدر على التخلص منه فلبث فيه اختياراً حتى مات فهدر) لأنه مهلك لنفسه ، (وإن كان) ألقاه (في نار يمكنه التخلص منها فلم يخرج حتى مات فلا قود) لأنه يمكنه التخلص أشبه ما لو ألقاه في ماء يسير (ويضمنه بالدية) لأنه جان بالإلقاء المفضي إلى الهلاك ، وهذا أحد وجهين . قال في تصحيح الفروع : وهو الصواب ، والوجه الثاني : لا شيء عليه ، وهو ظاهر كلامه في المحرر ، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير وشرح ابن رزين . انتهى . وجزم به في المنتهى ، (وإنما تعلم قدرته) أي الملقي في الماء أو النار (على التخلص بقوله : أنا قادر على التخلص أو نحو هذا) .

القسم (الخامس : خنقه بحبل أو غيره) وهو نوعان: أحدهما: أن يخنقه في عنقه ثم يعلقه في نحو خشبة فيموت فهو عمد سواء مات في الحال أو بقي زمناً ، لأن هذا جرت به عادة اللصوص والمفسدين ، الثاني: أن يخنقه وهو على الأرض ، (أو سد فمه وأنفه أو عصر خصيتيه حتى مات) أي عصرهما عصراً يقتله غالبا فمات (في مدة يموت في مثلها غالباً فعمد) لأنه يقتل غالباً ، وظاهر ما سبق أنه يعتبر سد الفم والأنف جميعاً ، لأن الحياة في الغالب لا تفوت إلا بسدهما ، (وإن كان) سد الفم أو الأنف أو عصر الخصيتين (في مدة لا يموت) مثله (فيها غالباً فشبه عمد إلا أن يكون صغيراً إلى الغاية بحيث لا يتوهم الموت فيه فمات فهدر) لأنه لم يقتله ، (ومتى خنقه وتركه سالماً حتى مات ففيه القود) لأنه قتله بما يقتل غالباً ، (وإن تنفس) المخنوق (وصح) بعد الخنق (ثم مات فلا ضمان) على الخانق ، لأنه لم يقتله أشبه ما لو بريء الجرح ثم مات .

القسم (السادس : حبسه ومعه الطعام والشرب أو أحدهما) أي الطعام وحده أو الشراب (أو) منعه (الدفاء في الشتاء ولياليه الباردة ، قاله ابن عقيل حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً في مدة يموت في مثلها غالباً بشرط أن يتعذر عليه الطلب فعمد) لأن الله تعالى أجرى العادة بالموت عند ذلك ، فإذا تعمده الإنسان فقد تعمد القتل ، (فإن لم يتعذر) عليه الطلب وتركه حتى مات (فهدر) لأنه المهلك لنفسه (كتركه شد موضع فصادة والمدة التي يموت فيها غالباً تختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال ، فإذا عطشه في الحرمات في الزمان القليل وعكسه في البرد ، وإن كان) حبسه مع منعه الطعام والشراب (في مدة لا يموت فيها غالباً ، فـ) هو (عمد لا خطأ وإن شككنا فيها) أي في المدة هل يموت فيها غالباً أو لا (لم يجب القود) لعدم تحقق موجبه .

القسم (السابع : سقاه سماً لا يعلم) المقتول (به أو خلطه بطعام ثم أطعمه إياه أو خلطه بطعام آكله فأكله وهو لا يعلم) به (فمات فعليه القود إن كان) ذلك السم (مثله يقتل غالباً) لما روى : « أَنَّ يَهُودِيَّةً أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ بِشَاةٍ مَسْمُومَةٍ فَأَكَلَ مِنْهَا النَّبِيُّ ﷺ

وَبِشِيرُ بْنُ الْعَلَاءِ فَلَمَّا مَاتَ بَشِيرٌ أَرْسَلَ إِلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ فَاعْتَرَفَتْ فَأَمَرَ بِقَتْلِهَا »[1] رواه أبو داود . (وإن علم آكله) أي السم (به وهو بالغ عاقل فلا ضمان) كما لو قدم إليه سكيناً فقتل بها نفسه ، (وإن كان) الآكل (غير مكلف بأن كان صغيراً أو مجنوناً ضمنه) واضع السم ، لأن الصبي والمجنون لا عبرة بفعلهما ، (وإن خلطه) أي السم (بطعام نفسه فأكله إنسان بغير إذنه فلا ضمان عليه) لأنه لم يقتله ، وإنما هو قتل نفسه أشبه ما لو حفر في داره بئراً ليقع فيها اللص إذا دخل يسرق منها ، وسواء دخل بإذنه أو بغيره حيث لم يأذنه في الأكل ، (فإن ادعى القاتل بالسم عدم علمه أنه قاتل لم يقبل) منه ، لأن السم يقتل غالباً (كما لو جرحه وقال : لم أعلم أنه يموت وإن كان) ما سقاه له (سماً لا يقتل غالباً) فقتله (فشبه عمد) لأنه قصد الجناية بما لا يقتل غالباً ، (وإن اختلف) في السم المسقي له (هل يقتل غالباً أو لا وثم بينة) لأحدهما (عمل بها) إذا كانت من ذوي الخبرة به ، (وإن قالت) البينة إن ذلك السم (يقتل النضو الضعيف دون القوي أو غير ذلك عمل على حسب ذلك) لأنه ممكن ، (فإن لم يكن مع أحدهما بينة فالقول قول الساقي) لأنه منكر .

القسم (الثامن : أن يقتله بسحر يقتل غالباً فهو عمد) إذا كان الساحر يعلم ذلك أشبه ما لو قتله بمحدد ، (وإن قال) الساحر : (لا أعلمه قاتلاً لم يقبل قوله) لأنه خلاف الظاهر ، (فهو) أي السحر (كسم حكماً) أي في حكمه السابق ، (وإذا وجب قتله) أي الساحر (بالسحر وقتل) به (كان قتله به حداً) قاله ابن البناء وصححه في الإنصاف ومقتضى ما قدمه المصنف كغيره في الحدود أنه يقتل قصاصاً لتقديم حق الآدمي، (وتجب دية المقتول في تركته) أي الساحر كما لو مات أو قتل بغير المسحور (والمعيان الذي يقتل بعينه . قال ابن نصر الله في حواشي الفروع : ينبغي أن يلحق بالساحر الذي يقتل بسحره غالباً ، فإذا كانت عينه يستطيع القتل بها ويفعله باختياره وجب به القصاص) لأنه فعل به ما يقتل غالباً ، (وإن فعل ذلك بغير قصد الجناية فيتوجه أنه خطأ يجب فيه ما يجب في القتل الخطأ وكذا ما أتلفه بعينه يتوجه فيه القول بضمانه إلا أن يقع بغير قصد فيتوجه عدم الضمان. انتهى. ويأتي في التعزير) ، وقال ابن القيم في شرح منازل السائرين إن كان ذلك بغير اختياره ، بل غلب على نفسه لم يقتص منه وعليه الدية ، وإن عمد ذلك وقدر على رده وعلم أنه يقتل به ساغ للوالي أن

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الديات ، باب فيمن سقى رجلاً سُمّاً أو أطعمه أيقاد منه ، الحديث (٤٥١١) .

يقتله بمثل ما قتل به فيعينه إن شاء كما أعان هو المقتول ، وأما قتله قصاصاً بالسيف فلا، لأنه غير مماثل للجناية ، قال : وسألت شيخنا عن القتل بالحال هل يوجب القصاص ؟ فقال : للولي أن يقتله بالحال كما قتل به ، وفرق ابن القيم في المشهد الثاني من المشاهد بين العائن والساحر من وجهين ، والعين نظر باستحسان مشوب بحسد من خبيث الطبع يحصل للمنظور منه ضرر ، قال بعضهم : وإنما يحصل ذلك من سم يصل من عين العائن في الهواء إلى بدن المعيون ، ونظير ذلك أن الحائض تضع يدها في إناء اللبن يفسد ولو وضعته بعد طهرها لم يفسد ، وأن الصحيح ينظر في عين الأرمد فيرمد ، ويتثاءب واحد بحضرته فيتثاءب ، قاله الحافظ ابن حجر .

القسم (التاسع : أن يشهد اثنان فأكثر على شخص بقتل عمد أو ردة حيث امتنعت التوبة أو) يشهد (أربعة فأكثر بزنا محصن ونحو ذلك مما يوجب القتل فقتل بشهادتهم ثم رجعوا واعترفوا بتعمد القتل فعليهم القصاص) لما روى القاسم بن عبد الرحمن «أنَّ رَجُلَيْنِ شَهِدَا عِنْدَ عَلِيٍّ أنَّهُ سَرَقَ فَقَطَعَهُ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنْ شَهَادتهمَا ، فَقَالَ عَلِي : لَوْ أعلَمُ أنَّكُمَا عَمَدْتُمَا لَقَطَعْتُ أيْدِيكُمَا » ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالباً أشبه المكره ، وقوله : « حَيْثُ امْتَنَعَ التَّوْبَةُ » بأن شهدا أنه سب الله أو رسوله ونحو ذلك بخلاف ما تقبل فيه التوبة إذ يمكنه دفعهما بالتوبة ، (وكذلك الحاكم إذا حكم على شخص بالقتل عالماً بذلك) أي بكذب البينة (متعمداً فقتل واعترف) الحاكم بذلك (فعليه القصاص) لأنه في معنى الشهود ، فكان الحاصل بسببه عمداً كالقتل الحاصل بسبب الشاهدين ، (ولو أن الولي الذي باشر قتله أقر بعلمه بكذب الشهد وتعمد قتله فعليه القصاص وحده) لأنه باشر القتل عمداً بغير حق ، (فإن أقر الشاهدان والولي والحاكم جميعاً بذلك) أي بالكذب والتعمد بقتله ، (فعلى الولي المباشر) للقتل (القصاص وحده أيضاً) لأنه باشر القتل عمداً عدواناً . قال في الشرح : ينبغي أن لا يجب على غيره شيء ، لأنهم متسببون والمباشرة يبطل حكمها كالدافع مع الحافر ، (وإن كان الولي لم يباشر) القتل ، (وإنما باشر وكيله فإن كان الوكيل عالماً فعليه القصاص وحده) لأنه المباشر ، (وإلا) أي وإن لم يكن الوكيل عالماً ، (فعلى الولي) القصاص كما لو باشر (فيختص مباشر عالم بالقود ثم ولي) عالم (ثم بينة وحاكم ، ومتى لزمت الدية الحاكم والبينة فهي بينهم سواء على الحاكم مثل واحد منهم) لأن الجميع متسببون ، ولو رجع الولي والبينة ضمنه الولي وحده (لمباشرته القتل) ولو قال بعضهم: عمدنا قتله ، وقال بعضهم : خطأنا يريد كل قاتل نفسه دون البعض الآخر ، قاله ابن قندس في حاشية الفروع ، أو قال واحد : عمدت قتله ، وقال الآخر : أخطأت،

فلا قود على المتعمد ، لأن القتل لم يتمحض موجباً ، (وعليه) أي المتعمد (حصته من الدية المغلظة) مؤاخذة له بإقراره ، (وعلى المخطيء حصته من الدية المخففة، ولو قال : كل واحد منهم تعمدت وأخطأ شريكي ، أو قال واحد : عمدنا جميعاً ، وقال الآخر : عمدت وأخطأ صاحبي ، أو قال واحد : عمدت ولا أدري ما فعل صاحبي فعليهما القود) لاعتراف كل منهما بالقتل عدواناً ، (ولو قال واحد : عمدنا) حال كونه (مخبراً عنه وعمن معه ، وقال الآخر : أخطأنا مخبراً عنه وعمن معه لزم المقر بالعمد القود) مؤاخذة له بإقراره ، (و) لزم (الآخر نصف الدية مخففة إذا كانا اثنين) فإن كانوا ثلاثة فأكثر، فقال واحد منهم : عمدنا ، وقال آخر : أخطأنا فلا قود وعلى من قال : عمدنا حصته من الدية المغلظة ، والآخر حصته من الدية المخففة ، ولو قال : عمدنا الإشهاد دون القتل فالدية ، (وإن قالا : أخطأنا فعليهما الدية مخففة ولو حفر في بيته بئراً وستره ليقع فيه أحد فوقع) فيها أحد (فمات ، فإن كان) الواقع (دخل بإذنه قتل به) لتسببه في قتله (إلا إن دخل بلا إذنه أو كانت مكشوفة بحيث يراها الداخل أو لم يقصده) أي القتل فلا يقتل به ويأتي بأوضح من هذا في الديات ، (ولو جعل في حلق زيد خراطة) أي حبلا ونحوه ، (وشدها في شيء عال وترك تحته حجراً فأزاله آخر عمداً ، فمات قتل مزيله دون رابطه) كالحافر مع الدافع ، (وإن جهل) المزيل (الخراطة فلا قود) عليه ، لأنه لم يتعمد القتل (وعلى عاقلته في ماله الدية) جزم بمعناه في المنتهى وغيره ، وفيه نظر ، لأنه إن كان عمداً أوجب القود ، وإن كان خطأ أو شبه عمد فالدية على العاقلة ، (ولو شد على ظهره قربة منفوخة وألقاه في البحر وهو لا يحسن السباحة فجاء آخر وخرق القربة فخرج الهواء فغرق فالقاتل هو الثاني) لأنه المباشر والأول متسبب ، (واختار الشيخ أن الدال) على المقتول ليقتل ظلماً (يلزمه القود إن تعمد) وعلم الحال ، ولعل مراده إذا تعذر تضمين المباشر وإلا فهو الأصل ، (وإلا) أي وإن لم يتعمد الدال (فـ) عليه (الدية ، و) اختار الشيخ أيضاً (أن الآمر) بالقتل بغير حق (لا يرث) من المقتول شيئاً ، لأن له تسبباً في القتل .

★ ★ ★

(فصل في شبه العمد)[1]

وشبه العمد ويسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماعهما فيه (أن يقصد الجناية إما لقصد العدوان عليه أو) قصد (التأديب له فيسرف فيه بما لا يقتل غالباً ولم يجرحه بها فيقتل قصد قتله أو لم يقصده) سمي بذلك لأنه قصد الفعل وأخطأ في القتل (نحو أن يضربه بسوط أو عصا أو حجر صغير أو يلكزه بيده أو يلقيه في ماء قليل أو يسحره بما لا

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

يقتل غالباً أو سائر ما لا يقتل غالباً أو يصيح بصغير أو صغيرة وهما على سطح أو نحوه) من الأمكنة المرتفعة (فيسقطان) فيموتان ، (أو يعتقل غافلاً فيصيح به فيسقط فيموت أو يذهب عقله ، و) هذا كله لا قود فيه لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً قال : « عَقْلُ شِبْهِ الْعَمْدِ مُغَلَّظٌ مِثْلُ عَقْلِ الْعَمْدِ وَلا يُقْتَلُ صَاحِبُهُ » رواه أحمد وأبو داود . وعن عبد الله بن عمر مرفوعاً : « الا إنَّ فِي قَتْلِ الْخَطَأ شِبْهِ الْعَمْدِ ، قَتْلُ السَّوْطِ وَالْعَصَا فِيهِ مَائَةٌ مِنَ الإِبِلِ مِنْهَا أرْبَعُونَ فِي بُطُونِهَا أوْلادُهَا »[(١)] رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة . ولهم من حديث ابن عمر مثله ورواهما النسائي والدارقطني مسنداً أو مرسلاً ، وهذا القسم يثبت بالسنة ، والقسمان الآخران يثبتان بالكتاب ، و(فيه الكفارة إذا مات) المجني عليه لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾[(٢)] والخطأ موجود في هذه الصور ، (والدية على العاقلة) لحديث أبي هريرة قال: « إقْتَتَلَتْ امْرَأتَانِ مِنْ هُذَيْلٍ فَرَمَتْ إحْدَاهُمَا الأُخْرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلَتْهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا فَقَضَى النَّبِيُّ ﷺ أنَّ دِيَةَ جَنِينِهَا عَبْدٌ أوْ وَلِيدَةٌ وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا »[(٣)] متفق عليه .

(وإن صاح بمكلف أو مكلفة فسقطا) فماتا أو ذهب عقلهما (فلا شيء عليه) إذا لم يعتقلهما ، لأنه لم يجن عليهما ، (وإمساك الحية محرم وجناية) لأنه إلقاء بالنفس إلى الهلاك ، وقال تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾[(٤)] ، (فلو قتلت) الحية (ممسكها من مدعي المشيخة ونحوه ، فـ) هو (قاتل نفسه) لأنه فعل بها ما قتل غالباً ، (و) أما (إمساك الحية مع الظن أنها لا تقتل فشبه عمد بمنزلة من أكل حتى بشم فإنه لم يقصد قتل نفسه) . قلت : ونظير ذلك كل ما يقتل غالباً من المشي في الهواء على الحبال والجري في المواضع البعيدة مما يفعله أرباب البطالة والشطارة ، ويحرم أيضاً إعانتهم على ذلك وإقرارهم عليه .



(فصل في قتل الخطأ وأقسامه)[(٥)]

والخطأ ضربان : ضرب في الفعل كرمي صيد أو غرض (أو شخص ولو معصوما أو بهيمة ولو محترمه فيصيب آدمياً معصوماً لم يقصده) فهو خطأ قدمه في المغني وهو مقتضى كلامه في المحرر وغيره ، وقيل : إذا أرمى معصوماً أو بهيمة محترمة فأصاب

---

(١) سبق تخريجه .　　(٢) ، (٤) سورة النساء ، الآية : ٩٢ .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الديات ، باب جنين المرأة ، وأخرجه مسلم في كتاب القسامة ، باب دية الجنين .　　(٥) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

آدمياً معصوماً لم يقصده فهو عمد . قال في الإنصاف : وهو منصوص الإمام أحمد ، قاله القاضي في روايتيه وهو ظاهر كلام الخرقي . ا هـ . وهو مفهوم المنتهى (أو ينقلب عليه نائم ونحوه) كمغمى عليه (فعليه الكفارة والدية على العاقلة) .

الضرب الثاني : وهو نوعان : **أحدهما** : أن يرمي ما يظنه صيداً أو هدفاً فيصيب آدمياً لم يقصده أو مباح الدم .

الثاني : ما ذكره بقوله : (وإن قتل في دار الحرب من يظنه حربياً فيتبين مسلماً أو يرمي إلى صف الكفار فيصيب مسلماً) لم يقصده (أو يتترس الكفار بمسلم ويخاف على المسلمين إن لم يرمهم فيرميهم فيقتل المسلم ، فهذا فيه الكفارة) روى عن ابن عباس لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ (١) (بلا دية) للآية المذكورة ، فإنه لم يذكر دية في هذا القسم وذكرها في اللذين قبله وبعده . (قال الشيخ : هذا في المسلم الذي هو بين الكفار معذور كالأسير ، والمسلم الذي لا يمكنه الهجرة والخروج من صفهم ، فأما الذي يقف في صف قتالهم باختياره فلا يضمن بحال) لأنه الذي عرض نفسه للتلف بلا عذر ، (وإن قتل بسبب كالذي يحفر بئراً أو ينصب حجراً أو سكناً ونحوه تعدياً ولم يقصد جناية فيؤول إلى إتلاف الإنسان فسبيله سبيل الخطأ) لأنه يشارك الخطأ في الإتلاف ، وإنما لم يجعل خطأ لعدم القصد في الجملة ، هذا كلام الموفق . ومن تابعه وعند الأكثر هو من الخطأ وهو مقتضى كلامه أولاً ، حيث جعل القتل ثلاثة أقسام . قال في المحرر والقتل بالسبب ملحق بالخطأ إذا لم يقصد به الجناية ، (فإن قصد جناية فشبه عمد محرم) وقد يقوي فيلحق بالعمد كما ذكرنا في الإكراه والشهادة (وعمد الصبي والمجنون خطأ لا قصاص فيه) لأنه عقوبة وغير المكلف ليس من أهلها (والدية على العاقلة حيث وجبت) في الخطأ (والكفارة في ماله) في الخطأ وما أجرى مجراه ، (ولو قال) القاتل : (كنت حال القتل صغيراً أو مجنوناً وأمكن) صدقه (صدق بيمينه) لأنه منكر والأصل عدم الموجب ، وإن لم يمكن صدقه بأن لم يعهد له حال جنون ونحوه لم يصدق ، وإن قال : أنا الآن صغير واحتمل صدق ولا يمين (ويأتي في الباب بعده) .



---

(١) سورة النساء ، الآية : ٩٢ .

(فصل في حكم قتل الجماعة بالواحد)(١)

وتقتل الجماعة بالواحد إذا كان فعل كل واحد منهم صالحاً للقتل به ، وانفرد لقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ (٢) لأنه إذا علم أنه متى قتل به أتلف به ، فلو لم يشرع القصاص في الجماعة بالواحد لبطلت الحكمة في مشروعية القصاص ، ولإجماع الصحابة فروى سعيد بن المسيب : « أنَّ عُمَرَ قَتَلَ سَبْعَةً مِنْ أهْلِ صَنْعَاءَ قَتَلُوا رَجُلاً » وعن عليّ وابن عباس معناه ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف ، فكان كالإجماع ، ولأنها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت على الجماعة كحد القذف . والفرق بين قتل الجماعة والدية أن الدم لا يتبعض بخلاف الدية ، (وإلا) أي وإن لم يصلح فعل كل واحد من الجماعة للقتل كما لو ضربه كل واحد منهم بحجر صغير فمات ، (فلا) قصاص عليهم، لأنه لم يحصل من أحد منهم ما يوجب القود (ما لم يتواطؤا على ذلك) الفعل ليقتلوه به فعليهم القصاص لئلا يتخذ ذريعة إلى درء القصاص ، (وإن عفا عنهم) أي عن القاتلين (الولي سقط القود) للعفو ، (ووجبت دية واحدة) لأن القتل واحد فلا يجب أكثر من دية كما لو قتلوه خطأ ، (ويأتي حكم الاشتراك في) قطع (الطريق في) باب (ما يوجب القصاص فيما دون النفس وإن جرحه واحد جرحاً ، و) جرحه (الآخر مائة) ومات (فهما سواء في القصاص والدية) لأن اعتبار التساوي يفضي إلى سقوط القصاص على المشتركين ، إذ لا يكاد جرحان يتساويان من كل وجه ، ولو احتمل التساوي لم يثبت الحكم ، لأن الشرط يعتبر العلم بوجوده ولا يكتفي باحتمال وجوده بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه في انتفاء الحكم ، ولأن الجرح الواحد يحتمل أن يموت به دون المائة ، وكذا لو أوضحه أحدهما وشجه الآخر آمّة أو جرحه أحدهما جائفة والآخر غير جائفة ، (فإن قطع واحد يده ، و) قطع (آخر رجله وأوضحه ثالث فللولي قتل جميعهم) لاشتراكهم في القتل ، (و) له (العفو عنهم إلى الدية) فيأخذ (من كل واحد منهم ثلثها وله أن يعفو عن واحد) منهم (فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين وله أن يعفو عن اثنين) منهما ، (فيأخذ منهما ثلثيها) أي الدية (ويقتل الثالث) كما لو انفرد كل واحد منهم بالقتل ، (وإن برئت جراحة أحدهم ومات) المجروح (من المجرحين الآخرين فله) أي الولي (أن يقتص من الذي بريء جرحه مثل جرحه) كما لو لم يشركه أحد ، (ويقتل الآخرين) لانفرادهما بالقتل ، (أو يأخذ

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ . (٢) سورة البقرة، الآية : ١٧٩ .

منهما دية كاملة) لما تقدم ، (أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية وله أن يعفو عن الذي بريء جرحه ويأخذ منه دية جرحه) ثم يفعل مع الآخرين كما تقدم ، (وإن ادعى الموضح أن جرحه بريء قبل موته وكذبه شريكاه ، فإن صدقه الولي ثبت حكم البرء بالنسبة إليه) أي إلى الولي مؤاخذة له بإقراره ، (فلا يملك قتله ولا مطالبته بثلث الدية) لاعترافه أنه لا يستحق ذلك عليه ، (وله) أي الولي (أن يقتص منه موضحة أو يأخذ منه أرشها) خمساً من الإبل ، (ولم يقبل قوله) أي الموضح ولا الولي المصدق له (في حق شريكيه) لأنه إقرار على غيره ، (فإن اختار الولي القصاص فله قتلهما) كما لو لم يدع ذلك ، (وإن اختار) الولي (الدية لم يلزمهما أكثر من ثلثيها) كما لو لم يدع البرء ، (وإن كذبه الولي) في دعواه أن جرحه بريء (حلف) الولي، لأنه منكر ، (وله) أي الولي (الاقتصاص منه أو مطالبته بثلث الدية ولم يكن له مطالبة شريكيه بأكثر من ثلثها) أي الدية ، (وإن شهد له شريكاه ببرئها لزمهما الدية كاملة) لأن ذلك موجب شهادتهما فيؤخذان به (للولي أخذها) أي الدية (منهما إن صدقهما وإن لم يصدقهما أو عفا إلى الدية لم يكن له) أي الولي (أكثر من ثلثيها) لاعترافه أنه لا يستحق عليهما سوى ذلك ، وأو بمعنى الواو ، (وتقبل شهادتهما) لشريكهما في الجناية ، لأنها لا تدفع عنهما ضراً ولا تجلب نفعاً ، (وإن كانا قد تابا وعدلا) وإلا فشهادة الفاسق غير مقبولة (فيسقط القصاص) عن المشهود له في النفس لعدم سراية جرحه ، (ولا يلزمه أكثر من موضحة) . قلت : ويتعين أرشها دون القصاص مع تكذيب الولي لاعترافه بعدم استحقاقها ، (وإن قطع واحد يده من الكوع ، و) قطع (آخر من المرفق ومات فهما قاتلان) أي فهما سواء في القصاص أو الدية (ما لم يبرأ الأول) لأنهما قطعان ، فإذا مات بعدهما وجب عليهما القصاص كما لو كانا في يدين ، (فإن بريء) الأول قبل قطع الثاني ، (فـ) القاتل (الثاني) لأن جناية الأول قد انقطعت سرايتها بالاندمال فيخير الولي في الثاني بين القصاص والدية ، (فإن اندمل القطعان أقيد الأول بأن يقطع من الكوع) كما قطع (والثاني إن كانت كفه مقطوعة أقيد أيضاً فتقطع يده من المرفق) كما فعل ، (وإن كان له) أي الثاني (كف) فلا قصاص لتعذره ، (فـ) تجب (حكومة) قدمه في المبدع وغيره وقيل : ثلث دية يد ، وجزم به في المنتهى في دية الأعضاء ومنافعها ، (وإن قتله جماعة) اثنان فأكثر (بأفعال لا يصلح واحد منها لقتله نحو أن يضربه كل واحد سوطاً في حالة أو متوالياً فلا قود فيه عن تواطيء وجهان) وقال في الترغيب : (الصواب) وجوب (القود) وتقدم معناه ، (وإن فعل واحد فعلاً لا تبقى معه الحياة كقطع حشوته أو مريئه أو ودجيه ، ثم ضرب عنقه

آخر ، فالقاتل هو الأول) لأن الحياة لا تبقى مع جنايته ، والحشوة بضم الحاء وكسرها: الأمعاء، والمريء بالمد: مجرى الطعام والشراب في الحلق، والودجان بفتح الواو وكسرها: عرقان في العنق ، (ويعزر الثاني كما يعزر جان على ميت) فلهذا لا يضمنه ولو كان عبداً ، فالتصرف فيه كميت ، (وإن شق الأول بطنه أو قطع يده ، ثم ضرب الثاني عنقه فالثاني هو القاتل) لأنه المفوت للنفس جزماً فعليه القصاص في النفس أو الدية إن عفا عنه ، لأنه لم يخرج بجرح الأول من حكم الحياة ، (وعلى الأول ضمان ما أتلف بالقصاص أو الدية ولو كان جرح الأول يفضي إلى الموت لا محالة ، إلا أنه لا يخرج به عن علم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة كخرق الأمعاء ، أو) خرق (أم الدماغ ، وضرب الثاني عنقه ، فالقاتل الثاني) لأن عمر لما جرح وسقى لبناً فخرج من جوفه ، علم أنه ميت وعهد للناس وجعل الخلافة في أهل الشورى فقبل الصحابة عهده وعملوا به (وإن رماه) الأول (من شاهق يجوز أن يسلم منه) لقربه (أو لا) يجوز أن يسلم منه لعلوه ، (وتلقاه آخر بسيف فقده) فالقصاص على الثاني ، لأنه فوت حياته قبل المصير إلى حال ييأس فيها من حياته ، (أو رماه بسهم قاتل فقطع عنقه آخر قبل وقوع السهم به أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه ، فالقصاص على الثاني) لأنه القاتل لما تقدم ، (وإن ألقاه في لجة لا يمكنه التخلص منها ، فالتقمه حوت ، فالقود على الرامي) لأنه ألقاه في مهلكة هلك بها من غير واسطة يمكن إحالة الحكم عليها ، أشبه ما لو مات بالغرق أو هلك بوقوعه على صخرة ونحوها ، (وإن ألقاه في ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح ، فإن علم الرامي بالحوت ونحوه) كالتمساح (فالقود) لأنه فعل يقتل غالباً ولا فرق فيما تقدم بين أن يلتقمه قبل أن يمس الماء أو بعده قبل الغرق أو بعده بأن التقمه بعد حصوله فيه قبل غرقه ، (وإلا) أي وإن لم يعلم بالحوت ونحوه مع قلة الماء ، (فالدية) لأنه هلك بفعله ولا قود لأن الذي فعله لا يقتل غالباً ، (وإن أكره) مكلف (مكلفاً على قتل معين فقتله فالقصاص عليهما) لأن المكره تسبب إلى قتله بما يفضي إليه غالباً أشبه ما لو أنهشته حية والمكره قتله ظلماً لاستبقاء نفسه كما لو قتله في المجاعة لأكله ، فعلى هذا إن صار الأمر إلى الدية فهي عليهما كالشريكين ، لا يقال : المكره ملجأ ، لأنه غير صحيح ، لأنه يتمكن من الامتناع ولهذا يأثم بالقتل ، وقوله ﷺ : « عُفِيَ لأمَّتِي عَمَّا استُكْرِهُوا عَلَيْهِ » محمول على غير القتل ، (وإن كان) الذي أكره على قتله (غير معين كقوله : اقتل زيداً أو عمر أو اقتل أحد هذين فليس إكراهاً ، فإن قتل أحدهما قتل) القاتل وحده ، (وإن أكره سعد زيداً على أن يكره عمراً على قتل بكر فقتله قتل الثلاثة جزم به في الرعاية الكبرى) ومعناه في

المنتهى المباشر لمباشرته القتل ظلماً والآخران لتسببهما إلى القتل لما يفضي إليه غالباً ، (وإن دفع لغير مكلف آلة قتل كسيف ونحوه) كلت وسكين ، (ولم يأمره بقتل، فقتل لم يلزم الدافع شيء) لأنه ليس بآمر ولا مباشر ، (وإن أمر غير مكلف) بالقتل فقتل، (أو) أمر (عبده) بالقتل فقتل ، (أو) أمر (كبيراً عاقلاً يجهلان) أي العبد والكبير العاقل (تحريم القتل كمن نشأ في غير بلاد الإسلام فقتل ، فالقصاص على الآمر) لأن القاتل هنا كالآلة أشبه ما لو نهشته حية ، (ويؤدب المأمور بما يراه الإمام) من حبس أو ضرب ، (وإن كان العبد ونحوه) كالكبير العاقل الذي يجهل تحريمه (قد أقام في بلاد الإسلام بين أهله ، وادعى الجهل بتحريم القتل لم يقبل) منه ، لأنه لا يخفي عليه إذن تحريم القتل ولا يعذر فيه إذا كان عالماً ، (والقصاص عليه) أي العبد ونحوه لمباشرته القتل بلا عذر ، (ويؤدب السيد) الآمر له به ، (وإن أمره) أي العبد سيده (بزنا أو سرقة ففعل ، لم يجب الحد على الآمر) بل على المباشر (جهل المأمور التحريم أو لا) لكن إذا جهل تحريم الزنا ، فلا حد عليه لما يأتي في بابه ، (وإن أمره) بالقتل (مكلفاً عالماً بالتحريم ، فـ) القصاص (على القاتل) كما تقدم ، سواء كان عبده أو أجنبياً ، (ويؤدب الآمر) لأمره بالمعصية ، (ولو قال مكلف غير قن لغيره : اقتلني أو اجرحني) ففعل فهدر ، (أو قال) مكلف (لغيره) : اقتلني وإلا قتلتك ففعل (فدمه) هدر (وجرحه هدر) لأن الحق له فيه ، وقد أذنه في إتلافه ، كما لو أذنه في إتلاف ماله ، (ولو قال له) أي اقتلني أو اجرحني أو اقتلني وإلا قتلتك (قن) ففعل (ضمنه القاتل لسيده بمال) أي بقيمته أو أرش الجراحة ، لأن إذن القن في إتلاف نفسه لا يسري على سيده (فقط) أي دون القصاص ولو كافأه القاتل ، لأن القصاص حق للقن وقد سقط بإذنه في قتله ، (وإن قال له القادر عليه : اقتل نفسك وإلا قتلتك ، أو) قال له : (اقطع يدك وإلا قطعتها فإكراه) فيقتل المكره أو يقطع إذا قتل المكره نفسه أو قطع يده ، (ومن أمر قن غيره بقتل قن نفسه) ففعل فلا شيء له ، (أو أكرهه عليه) أي أكره قن غيره على قتل قن نفسه ففعل ، (فلا شيء له) على القاتل ولا على سيده كما لو أذن إنسان للآخر في إتلاف مال الآذن فأتلفه بإذنه ، (وإن أمر السلطان بقتل إنسان بغير حق من يعلم ذلك ، فالقصاص على القاتل) لأنه غير معذور في فعله لقوله ﷺ : « لا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ » ، ولأن غير السلطان لو أمره بذلك كان القصاص على المباشر ، علم أو لم يعلم ، (ويعزر الآمر) بالقتل ظلماً لارتكابه معصية ، (وإن لم يعلم) المأمور أن القتل بغير حق ، (فـ) القصاص (على الآمر) لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الإمام في غير المعصية. والظاهر من حاله أنه لا يأمر إلا بالحق. قال أبو العباس:

هذا بناء على وجوب طاعة السلطان في القتل المجهول وفيه نظر ، بل لا يطاع حتى يعلم جواز قتله ، وحينئذ فتكون الطاعة له معصية لا سيما إذا كان معروفاً بالظلم ، وهنا الجهل بعدم الحل كالعلم بالحرمة ، (وإن كان الآمر) بالقتل (غير السلطان فالقصاص على القاتل بكل حال) حيث علم تحريم القتل بخلاف من نشأ ببادية بعيدة عن الإسلام كما سبق ، (وإن أكرهه السلطان على قتل أحد ، أو) أكرهه على (جلده بغير حق) وفعل فمات المجلود (فالقصاص) أو الدية (عليهما) أي على السلطان والمباشرة كما تقدم (لكن إن كان السلطان يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذمياً أو حر قتل عبداً فقتله ، فقال القاضي : الضمان عليه) أي المأمور ، لأنه قتل من لا يحل له قتله (دون الإمام ، قال الموفق : إلا أن يكون القاتل عامياً فلا ضمان عليه) قال في المغني : ينبغي أن يفرق بين المجتهد والمقلد ، فإن كان مجتهداً فهو قول القاضي وإن كان مقلداً فلا ضمان عليه، لأن له تقليد الإمام فيما يراه، (وإن كان الإمام يعتقد تحريمه) أي القتل والقاتل يعتقد حله فالضمان على الآمر) كما لو أمر السيد عبده الذي لا يعتقد تحريم القتل به ، (وإن أمسك إنساناً لآخر ليقتله لا للعب والضرب فقتله ، مثل إن أمسكه له حتى ذبحه قتل القاتل) قال في المبدع: بغير خلاف نعلمه، لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق ، (وحبس الممسك حتى يموت ولا قود عليه) أي الممسك (ولا دية) لما روى ابن عمر مرفوعاً قال : « إِذَا أَمْسَكَ الرَّجُلَ وَقَتَلَهُ الآخَرُ قُتِلَ الْقَاتِلُ وَيُحْبَسُ الَّذِي أَمْسَكَ » رواه الدارقطني . وروى الشافعي نحوه من قضاء عليّ رضي الله عنه ، ولأنه حبسه إلى الموت فحبس إلى أن يموت ، ومقتضي كلام المصنف أنه يطعم ويسقى . وفي المبدع : يحبس عن الطعام والشراب حتى يموت ، (وإن كان الممسك لا يعلم أن القاتل يقتله فلا شيء عليه) لأن موته ليس بفعله ولا بأثر فعله بخلاف الجارح فإنه لا يعتبر فيه قصد القتل ، لأن السراية أثر جرحه المقصود له ، (وكذا لو فتح فمه وسقاه الآخر سماً) فيقتل الساقي ويحبس الممسك حتى يموت ، (أو تبع) مكلف (رجلاً ليقتله فهرب) الرجل (فأدركه آخر فقطع رجله فحبسه) فأدركه فقتله قتل القاتل وأقيد من القاطع وحبس حتى يموت ، (أو أمسكه آخر ليقطع طرفه) فيقطع القاطع ويحبس الممسك حتى يقطع طرفه ، (فلو قتل الولي الممسك فقال القاضي : يجب عليه) أي الولي (القصاص) لأنه تعمد قتله بغير حق في قتله ، (وخالفه المجد) لأن له شبهة في قتله وهي اختلاف العلماء ، فقد اختار أبو محمد الجوزي أن له قتله ، وقدمه في الرعاية وادعاه سليمان بن موسى إجماعاً، لأن قتله حصل بفعلهما ، (وإن كتفه وطرحه في أرض مسبعة، أو) في أرض (ذات حيات فقتله لزمه القود) لأنه فعل ما يقتل غالباً ، (وإن كانت) الأرض

(غير مسبعة) ولا ذات حيات (لزمته الدية) لأنه فعل ما لا يقتل غالباً ، (وتقدم) ذلك (في الباب) .



فصل

وإن اشترك في القتل اثنان لا يجب القصاص على أحدهما لو انفرد كأب وأجنبي اشتركا (في قتل ولد وكحر وعبد) شاركه (في قتل عبد وكمسلم وذمي) شارك (في قتل ذمي) وكولي مقتص وأجنبي ، (و) كـ (خاطيء وعامد ، و) كـ (مكلف وغير مكلف وشريك سبع وشريك نفسه بأن يجرحه سبع أو إنسان ثم يجرح هو نفسه متعمداً وجب القصاص على شريك الأب وعلى العبد وعلى الذمي) لأن قتلهم عمداً محض عدوان ، ولأنهم شاركوا في القتل العمد العدوان فيقتل به ، (كمكره أباً على قتل ولده وسقط) القصاص (عن غيرهم) لأنه لم يتمحض عمداً فلم يجب به قود لشبه العمد ، وكما لو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأ ، (ويجب على شريك القن) في قتل قن (نصف قيمة المقتول) لأنه شارك في إتلافه فكان عليه قسطه ، (وعلى شريك الأب وشريك الذمي وشريك الخاطيء ولو أنه نفسه) أي نفس العامد (بأن جرحه جرحين ، أحدهما خطأ ، والآخر عمداً ، وشريك غيره المكلف وشريك السبع في غير قتل نفسه نصف الدية) كالشريك في إتلاف مال (في ماله لأنه عمد) فلا تحمله العاقلة ، (ولو جرحه إنسان عمداً فداوي) المجروح (جرحه بسم قاتل أو خاطه في اللحم الحي وفعل ذلك وليه ، أو) فعله (الإمام فمات) المجروح (فلا قود على الجارح) لأن المداوي قصد مداواة النفس فكان فعله عمد خطأ كشريك الخاطيء ، (وعليه) أي الجارح (نصف الدية) كشريك الخاطيء ، (لكن إن كان الجرح موجباً للقصاص استوفى) بشرطه ، (وإلا أخذ الأرش) وإن كان السم لا يقتل غالباً ففعل الرجل في نفسه شبه عمد وشريكه كشريك الخاطيء وإن خاطه غيره بغير إذنه فهما قاتلان عليهما القود .



باب شروط القصاص

(وهي خمسة : أحدها : أن يكون الجاني مكلفاً) لأن القصاص عقوبة وغير المكلف ليس محلاً لها ، (فأما الصبي والمجنون وكل زائل العقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمغمي عليه ونحوهما) كالسكران كرهاً ، (فلا قصاص عليهم) لأن التكليف من شروطه وهو معدوم ، ولأنه لا قصد لهم صحيح ، (فإن قال) الجاني : (قتلته وأنا صبي وأمكن) ذلك (صدق بيمينه) لأنه محتمل (وتقدم في الباب قبله ، وإن قال) القاتل : (قتلته وأنا مجنون ، فإن عرف له حال جنون ، فالقول قوله مع يمينه) كما تقدم ، (وإلا) أي وإن لم يعرف له حال جنون ، (فقول الولي) لأن الأصل عدم الجنون ، (وكذلك إن عرف له حال جنون ، ثم عرف زواله قبل القتل) لأن الأصل بقاؤه على الحال التي عرف عليها ، (فإن ثبت زوال عقله ، فقال : كنت مجنوناً وقال الولي : بل) كنت (سكران فقول القاتل مع يمينه) لأن الأصل عدم السكر والأصل أيضاً العصمة ، (فأما إن قتله وهو عاقل ثم جن لم يسقط عنه) القصاص ، لأنه كان حين الجناية عاقلاً ، (سواء ثبت ذلك ببينة أو إقرار ويقتص منه) أي ممن جنى عاقلاً ثم جن (في حال جنونه ولو ثبت عليه حد زنا أو غيره) كشرب أو سرقة (بإقراره ثم جن لم يقم عليه حال جنونه) لأن رجوعه عن ذلك يمنع إقامته بخلاف القصاص . قلت : ومثله حد القذف ، (والسكران وشبهه) كمن زال عقله بسبب لا يعذر فيه كمن يشرب الأدوية المخدرة (إذا قتل فعليه القصاص) لأن الصحابة أوجبوا عليه حد القذف وإذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمي أولي، ولأنه يفضي إلى أن يصير عصيانه سبباً لإسقاط العقوبة عنه.

الشرط (الثاني : أن يكون المقتول معصوماً) لأن القصاص إنما شرع حفظاً للدماء المعصومة وزجراً عن إتلاف البنية المطلوب بقاؤها ، وذلك معدوم في غير المعصوم ، (فلا يجب قصاص ولا دية ولا كفارة بقتل حربي) لأنه مباح الدم على الإطلاق ، (ولا مرتد قبل توبة) لأنه مباح الدم أشبه الحربي (لا) إن قتل المرتد (بعدها) أي التوبة (إن قبلت) توبته (ظاهراً) فيقتل قاتله إذن ، لأنه معصوم ، (ولا) يجب قصاص ولا دية ولا كفارة بقتل (زان محصن ولو قبل توبته) أي الزاني (عند حاكم) لأنه مباح الدم متحتم قتله فلم يضمن كالحربي، (ولا) يجب قصاص ولا دية ولا كفارة بقتل (محارب) أي قاطع طريق (تحتم قتله) بأن قتل وأخذ المال، لأنه مباح الدم أشبه الحربي (في نفس) أي لا قصاص على جان على واحد من هؤلاء في نفس ، (ولا) قصاص في الأطراف

(بقطع طرف) لواحد منهم ، لأن من يؤخذ بغيره في النفس لا يؤخذ به فيما دونها ، وذلك متناول للزاني المحصن وغيره . قال في الفروع : فدل أن طرف محصن كمرتد ، (بل ولا يجوز) معطوف على فلا يجب أي لا يجب القصاص بقتل واحد من هؤلاء ، ولا يجوز (والمراد) قاله في الزعاية والفروع (قبل التوبة) ، وأما قتل المحارب بعد التوبة فإن كان من ولي المقتول فقد استوفى حقه ، وإن كان من غيره ولا شبهة فإنه يقتل، لأنه معصوم بالنسبة إلى غير ولي المقتول كالقاتل في غير المحاربة لسقوط التحتم بالتوبة ، (ولو كان القاتل) للحربي أو المرتد أو الزاني المحصن أو المحارب المتحتم قتله (ذمياً) فالذمي فيه كالمسلم ، لأن القتل منهما صادف محله ، (ويعزر فاعل ذلك) لافتياته على الإمام ، (والقاتل معصوم الدم لغير مستحق دمه) لأنه لا سبب فيه يباح به دمه لغير ولي مقتول ، (ولو قطع مسلم) يد مرتد ، (أو) قطع (ذمي يد مرتد فأسلم) المرتد ثم مات ، (أو) قطع مسلم يد (حربي فأسلم ثم مات) فلا شيء على القاطع ، (أو رمى) مسلم أو ذمي (حربياً أو مرتداً فأسلم) المرمي (قبل أن يقع به السهم فلا شيء عليه) أي الجاني ، لأنه لم يجن على معصوم ، ولأنه رمى من هو مأمور برميه فلم يضمن ، لأن الاعتبار في التضمين بابتداء حال الجناية لأنها موجبة ، (وإن قطع) مكلف (طرفاً أو أكثر من مسلم فارتد المقطوع ومات من جراحه فلا قود على القاطع) في النفس، لأنها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون بدليل ما لو قطع طرف ذمي فصار حربياً ثم مات من جراحه ، (وعليه) أي القاطع (الأقل من دية النفس أو المقطوع) لأنه لما لم يرتد لم يجب عليه أكثر من دية النفس فمع الردة أولى (يستوفيه الإمام) لأن مال المرتد فيء ، (وإن عاد) المقطوع (إلى الإسلام ثم مات وجب القصاص في النفس) ولو بعد زمن تسرى فيه الجناية ، لأنه مسلم حال الجناية والموت كما لو لم يرتد ، (وإن جرحه وهو مسلم ثم ارتد أو بالعكس) بأن جرحه وهو مرتد فأسلم ، (ثم جرحه جرحاً آخر ومات منهما فلا قصاص فيه) لأن أحد الجرحين غير مضمون أشبه شريك المخطيء ، (ويجب نصف الدية لذلك) لأن الجرح في الحالين كجرح اثنين في الحالتين المذكورتين ، (وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما مثل إن قطع يديه وهو مسلم ، و) قطع (رجليه وهو مرتد أو بالعكس) أو قطع يديه وهو مسلم ورجليه وهو مرتد أو بالعكس ، (ولو قطع طرفاً أو أكثر من ذمي ثم صار) الذمي (حربياً) بأن انتقض عهده أو لحق بدار حرب مقيماً ، (ثم مات من الجراحة فلا شيء على القاطع) لأنه قتل لغير معصوم وقياس ما سبق في المسلم إذا ارتد لا قصاص ، وعليه الأقل من دية النفس أو المقطوع ، وإن قطع يد نصراني أو يهودي فتمجس ، وقلنا : لا يقر فهو كما لو جنى

على مسلم فارتد ، وإن قطع يد مجوسي فتنصر أو تهود ثم مات وقلنا : يقر ، وجبت دية كتابي ولو جرح ذمي عبداً ثم لحق بدار حرب فأسر واسترق لم يقتل بالعبد ، لأنه حر حين وجب القصاص .

الشرط (الثالث : أن يكون المجني عليه مكافئاً للجاني) لأن المجني عليه إذا لم يكافيء الجاني كان أخذه به أخذ الأكثر من الحق ، (وهو) أي كونه مكافئاً للجاني (أن يساويه في الدين والحرية أو الرق) يعني أن لا يفضل القاتل المقتول بإسلام أو حرية أو ملك ، (فيقتل المسلم الحر) بمثله لقوله ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ تَتَكَافَأُ دِماؤُهُمْ وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ وَلا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ » [1] رواه أحمد وأبو داود والنسائي ، وفي لفظ : « ولا يقتل مسلم بكافر » ، (و) يقتل (الذمي الحر بمثله) اتفقت أديانهم أو اختلفت لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ فِي القَتْلَى الحُرُّ بِالحُرِّ﴾ [2] ، ولا أثر لتفاوت الفضائل كالعلم والشرف ، (ويقتل العبد بالعبد والمسلم بالمسلم والذمي بالذمي، لحصول المكافأة بينهما ، (ويجري القصاص بينهما فيما دون النفس) كالنفس ، (فله) أي العبد (استيفاؤه) أي القصاص فيما دون النفس ، (وله العفو عنه) لأنه محض حقه (دون السيد سواء كانا) أي العبدان الجاني والمجني عليه (مكاتبين أو مدبرين أو أمي ولد أو) كان (أحدهما كذلك أو لا) بأن كانا قنين ، (وسواء تساوت القيمة أو لا أو كان القاتل والمقتول لواحد أو لا) لتساويهم في الرق والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، (ولو قتل عبد مسلم) ولو لمسلم (عبداً مسلماً لذمي قتل به) لأنه يكافئه وإن فضل سيده ، (ولا يقتل مكاتب لعبده الأجنبي) لأن المكاتب فضله بالملك ، (ويقتل) المكاتب (بعبده ذي الرحم) قال في المبدع : في الأشهر ، والأصح لا كما قطع به في المنتهى ، لأنه فضله بالملك فهو كالأجنبي ، (ولو قتل من بعضه حر) كنصف (مثله) بأن قتل منصفاً ، (أو أكثر منه حرية) بأن قتل منصفاً من ثلثاه حر (قتل به) لأن القاتل لم يفضله ، و(لا) يقتل مبعض (بأقل منه حرية) بأن قتل من ثلثاه حر نصفاً مثلاً ، لأن القاتل فضل بما فيه زائداً من الحرية ، (وإذا قتل الكافر الحر عبداً مسلماً لم يقتل به قصاصاً) لأنه فضله بالحرية ، (وتؤخذ منه قيمته) لسيده ، (ويقتل) الكافر (لنقضه العهد) بقتل المسلم ، (ويقتل الذكر بالأنثى، ولا يعطى أولياؤه شيئاً) لقوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا

---

(1) الحديث أخرجه أحمد في المسند : ١/ ١٢٢ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الديات ، باب أيقاد المسلم بالكافر ، الحديث (٤٥٣٠) ، وأخرجه النسائي في المجتبي من السنن : ٨/ ٢٤ ، كتاب القسامة ، باب سقوط القود من المسلم للكافر .

(2) سورة البقرة ، الآية : ١٧٨ .

عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ [1] ، ولأنه ﷺ قتل يهودياً رض رأس جارية بين حجرين، ولأنهما شخصان يحد كل منهما بقذف الآخر فقتل به كالرجل بالرجل ، (وتقتل الأنثى بالذكر) لأنها دونه (ويقتل كل واحد منهما) أي الذكر والأنثى (بالخنثى، ويقتل) الخنثى (بكل واحد منهما) أي من الذكر والأنثى لعموم ﴿ أن النفس بالنفس ﴾ ، (ويقتل الذمي بالذمي حراً وعبداً بمثله) اي ﴿ الحُرُّ بالحُرِّ وَالعَبْدُ بِالعَبْدِ ﴾[2] لما تقدم ، (و) يقتل (ذمي بمستأمن وعكسه) فيقتل المستأمن بالذمي ، (ولو مع اختلاف أديانهم) فيقتل النصراني باليهودي ، (ويقتل النصراني واليهودي بالمجوسي) لأن الكفر يجمعهم (ويقتل الكافر بالمسلم) لأنه ﷺ قتل يهودياً بجارية ، ولأنه إذا قتل بمثله فمن فوقه أولى (إلا أن يكون) الكافر (قتله) أي المسلم (وهو حربي ثم أسلم فلا يقتل) لقوله تعالى : ﴿ قُلْ للذينَ كَفَرُوا إنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [3] ولأنه ﷺ لم يقتل قاتل حمزة ، (وإن كان القاتل) للمسلم (ذمياً قتل لنقضه العهد) قطع به في الفروع والتنقيح وغيرهما ، (وعليه دية حر) إن كان المسلم المقتول حراً (أو قيمة عبد إن كان المسلم المقتول عبداً) كما لو مات (ويقتل المرتد بالذمي) وبالمستأمن ولو تاب وقبلت توبته ، (ويقدم القصاص على القتل بالردة ونقض العهد) لأنه حق آدمي ويأتي في الردة يقتل لهما ولا دية وتقدم أنه يقتل لنقض العهد وتؤخذ الدية من ماله ، (فإن عفا عنه) أي المرتد (ولي القصاص إلى الدية فله دية المقتول) من مال المرتد كغيره، (وإن أسلم المرتد) وعفا عنه ولي القصاص ، (فـ) الدية (في ذمته) كسائر الحقوق عليه ، (وإن قتل المرتد بالردة أو مات تعلقت) الدية (بماله) كسائر الديون ، (ولا يقتل مسلم ولو عبداً بكافر ذمي) في قول أكثر العلماء منهم عمر وعثمان وعلي وزيد لقوله ﷺ : « لا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ » [4] رواه البخاري . ولأنه منقوص بالكفر فلا يقتل به المسلم كالمستأمن ، (ولو ارتد) المسلم بعد جنايته على الكافر اعتباراً بحال الجناية، (ولا) يقتل (حر ولو ذمياً بعبد) روي عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير لقوله تعالى : ﴿ الحرُّ بالحُرِّ والعَبْدُ بِالعَبْدِ ﴾ [5] ، فدل على أنه لا يقتل به الحر ، ولما روى أحمد عن علي أنه قال : من السنة أن لا يقتل حرٌ بعبد وعن ابن عباس مرفوعاً مثله رواه الدارقطني، ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة ، فلا يقتل به كالأب مع ابنه (إلا أن يقتله) أي

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ٤٥ . (٢) سورة البقرة ، الآية : ١٧٨ .

(٣) سورة الأنفال ، الآية : ٣٨ .

(٤) الحديث من رواية أبي جحيفة رضي الله عنه، أخرجه البخاري في كتاب الديات، باب العاقلة.

(٥) سورة البقرة ، الآية : ١٧٨ .

الكافر بالعبد ، أو (وهو) أي القاتل كافر (عبد أو يجرحه وهو مثله) كافر أو عبد ، (أو يكون الجارح مرتداً ثم يسلم القاتل أو الجارح أو يعتق العبد قبل موت المجروح أو بعده ، فإنه يقتل به نصا) لأن الاعتبار في التكافؤ بحال الوجوب كالحد ، فإذا قتل ذمي ذمياً أو جرحه ثم أسلم الجارح ومات المجروح وجب القصاص ، لأنهما متكافئان حال الجناية ، ولأن القصاص قد وجب فلا يسقط بما طرأ كما لو جن ، (ولو جرح مسلم ذمياً ، أو) جرح (حر عبداً ثم أسلم المجروح أو عتق ومات فلا قود) لأن المكافأة معدومة حال الجناية ، (وعليه) أي الجاني (دية جرح المسلم) لأن الاعتبار في الأرش بحال استقرار الجناية بدليل ما لو قطع يدي رجل ورجليه فسرى إلى نفسه ففيه دية واحدة اعتباراً بحال استقرار الجناية ولو اعتبر حال الجناية وجب ديتان ، (فيأخذ سيد العبد ديته إلا أن تجاوز الدية أرش الجناية فالزيادة لورثة العبد) لأنه مات حراً فيورث عنه ما تجدد بالحرية ، فأما أرش الجناية فقد استحقه السيد حين كان رقيقاً فلم يسقط بعتقه ، (ولا يقتل السيد) ولو مكاتباً (بعبده) لأنه فضله بالملك ، (ويقتل به) أي السيد (عبده) لأنه دونه ، (و) يقتل العبد (بحر غيره) أي غير سيده لما سبق ، (ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد) كما لا يقاد به في النفس ، (وإن رمي مسلم ذمياً عبداً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود) لعدم المكافأة ، (وعليه) أي الرامي (للورثة) دون سيده (دية حر مسلم إذا مات من الرمية) لأن الإتلاف حصل لنفس حر مسلم .



فصل

ولو قطع أنف عبد قيمته ألف فاندمل الجرح ثم أعتق العبد وجبت القيمة للسيد ، (أو) قطع أنفه ، ثم (أعتق ثم اندمل) وجبت قيمته بكمالها للسيد ، (أو) قطع أنفه وأعتق و(مات من سراية الجرح وجبت قيمته بكمالها للسيد) لأنه حين الجناية كان رقيقاً له والجناية يراعى فيها حال وجودها ، (وإن قطع) الجاني (يده) أي العبد (فأعتق) أي أعتقه سيده ، (ثم عاد) الجاني (فقطع رجله واندمل الجرحان وجب في يده نصف قيمته) لأنه حين الجناية عليها كان رقيقاً ، (و) وجب (القصاص في الرجل، لأنه مكافيء له وقت الجناية عليها ، (أو نصف الدية إن عفا) العتيق (عن القصاص ويكون) له لا لسيده ، لأنه حر ، (وإن اندمل قطع اليد وسرى قطع الرجل إلى نفسه ، ففي اليد نصف قيمته لسيده) اعتباراً بوقت الجناية ، وعلى القاطع القصاص في النفس للمكافأة حال الجناية التي سرت (أو الدية كاملة لورثته) أي العتيق نسباً أو ولاء مع العفو (منهم عن القصاص) ، (وإن اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليد ، ففي الرجل

القصاص أو نصف الدية لورثته) كما تقدم ، (ولا قصاص في اليد ولا في سرايتها) لأنه وقت قطعها كان رقيقاً فلا مكافأة ، (وعلى الجاني لسيده أقل الأمرين من أرش القطع أو دية حر) . قلت : وما بقي من الدية بعد أرش القطع للورثة على ما تقدم ، (وإن سرى الجرحان لم يجب القصاص إلا في الرجل) لوجود المكافأة حينها بخلاف اليد والنفس ، (فإن اقتص منه وجب نصف الدية) لقطع الرجل ، (وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو نصف الدية ، فإن كان قاطع الرجل غير قاطع اليد واندملا ، فعلى قاطع اليد نصف القيمة لسيده) لأنه قنه وقت جنايته عليه ، (وعلى قاطع الرجل القصاص) فيها ، (أو نصف الدية) لورثة العتيق حر حين قطع رجله ، (وإن سرى الجرحان إلى نفسه فلا قصاص على الأول) لأن جنايته حال الرق فلا مكافأة ، (وعليه نصف دية حر) اعتباراً بحال استقرار الجناية كما مر ، (وعلى الثاني القصاص في النفس) لمكافأته له حال جنايته عليه حيث تعمد ، لأنه شاركه في القتل عمداً عدواناً كشريك الأب ، (وإن قلع) مكلف (عين عبد ثم عتق) العبد (ثم قطع آخر يده ، ثم) قطع (آخر رجله فلا قود على الأول اندمل جرحه أو سرى) لأنه لم يكن مكافئاً حين الجناية ، (وعلى الآخرين القصاص في الطرفين) إن اندملا للمكافأة ، (وإن سرت الجراحات كلها فعليهما) أي قاطع اليد وقاطع الرجل (القصاص في النفس) للمكافأة، لأن جنايتهما على حر ، (وإن عفا) ولي العتيق (عن القصاص فعليهم الدية أثلاثاً) لموته بسراية جراحاتهم ، (ويستحق السيد أقل الأمرين من نصف القيمة) لقلع عينه ، (أو ثلث الدية) والباقي للورثة ، (وإن كان الجانيان) أو الأجنياء (في حال الرق والثالث في حال الحرية فمات) العتيق (فعليهم الدية) أثلاثاً ، (وللسيد أقل الأمرين من أرش الجنايتين أو ثلثي الدية) والباقي للورثة كما تقدم ، (وإن قطع يده ثم عتق فقطع آخر رجله ثم عاد الأول فقتله بعد الاندمال فعليه القصاص للورثة) لأنه قتل بعد الحرية ، (و) عليه (نصف القيمة للسيد) لقطع يده ، (وعلى الآخر القصاص في الرجل أو نصف الدية) للورثة ، (وإن كان) قتله (قبل الاندمال فعلى الجاني الأول القصاص في النفس) لمكافأته له حين قتله (دون اليد) لأنه قطعها في رقه ، (فإن اختار الورثة القصاص في النفس سقط حق السيد) لأنه لا يجوز أن يستحق عليه النفس وأرش الطرف قبل الاندمال ، فإن الطرف داخل في النفس في الأرش ، (وإن اختاروا العفو فعليه الدية دون أرش الطرف) لاندراجه في دية النفس ، (وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو أرش الطرف والباقي للورثة) كما تقدم ، (وعلى الثاني القصاص في الرجل) لأنه مكافىء له حال الجناية ، (و) عليه (مع العفو نصف الدية) لقطع

الرجل، (وإن كان) القاطع (الثاني هو الذي قتله قبل الاندمال فعليه القصاص في النفس) لمكافأته له حين القتل (ومع العفو نصف دية واحدة) يعني إن كان بعد استيفاد القصاص في الرجل أما قبله فدية كاملة كما علم من السوابق واللواحق ، (وعلى الأول نصف القيمة للسيد ولا قصاص) على الأول ، لأنه لم يكافئه حين الجناية ، (وإن كان القاتل ثالثاً فقد استقر القطعان) لأن قتل الثالث له قطع سرايتهما ، (وعلى الأول نصف القيمة للسيد) لأنه جنى عليه حين كان رقيقاً ، (وعلى الثاني القصاص في الرجل أو نصف الدية لورثته ، وعلى الثالث القصاص في النفس أو الدية مع العفو) لأنه كان حراً حين جنايتهما ، (وإذا قطع يد عبده ، ثم أعتقه ثم اندمل فلا شيء عليه) لأنه حين الجناية كان ملكه ، (وإن مات) العبد بعد العتق بسراية الجرح فلا قصاص فيه اعتباراً بحال الجناية ، (ويضمنه بما زاد على أرش القطع من الدية لورثته) لأنه مات حراً ، (فإن لم يكن له وارث سواه وجب) ذلك (لبيت المال) لأن السيد قاتل فلا يرث ، (ولو قتل من يعرفه) أو يظنه (ذمياً عبداً ، فبان أنه قد أسلم وعتق فعليه) أي القاتل (القصاص) لأنه قتل من يكافئه عمداً محصناً بغير حق أشبه ما لو علم حاله ، (ومثله من قتل من يظنه قاتل أبيه) فلم يكن (أو قتل من يعرفه) مرتداً ، (أو) من (يظنه مرتداً فلم يكن) كذلك فيجب القصاص لما سبق .

الشرط (الرابع : أن لا يكون المقتول من ذرية القاتل فلا يقتل والد أباً كان أو أماً ، وإن علا بولده وإن سفل من ولد البنين أو البنات) لحديث ابن عباس مرفوعاً : « لا يُقْتَلُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ » [1] رواه ابن ماجة والترمذي من رواية إسماعيل بن مسلم المكي ، ورواه أحمد والترمذي وابن ماجة من رواية حجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده . قال ابن عبد البر : هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق ، يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد حتى يكون الإسناد في مثله مع شهرته تكلفاً . وقال ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ » فمقتضى هذه الإضافة تمكينه إياه ، فإذا لم تثبت حقيقة الملكية ثبتت للإضافة بشبهة في إسقاط القصاص ، ولأنه كان سبباً في

(١) الحديث أخرجه الدارمي في السنن ، كتاب الديات ، باب القود بين الوالد والولد ، واللفظ له، وأخرجه الترمذي في السنن : ١٩/٤ ، كتاب الديات ، باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه ، وأخرجه ابن ماجة في السنن : ٨٨٨/٢ ، كتاب الديات ، باب لا يقتل الوالد بولده ، الحديث (٢٦٦١) ، وأخرجه الدارقطني في السنن : ١٤٢/٣ ، كتاب الحدود والديات ، الحديث (١٨٤) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك : ٣٦٩/٤ ، كتاب الحدود ، باب لا تقام الحدود في المساجد ، وأخرجه البيهقي : ٣٩/٨ ، كاب الجنايات ، باب الرجل يقتل ابنه .

إيجاده ، فلا يكون سبباً في إعدامه ، (وتؤخذ من حر الدية) أي دية المقتول ، كما تجب على الأجنبي لعموم أدلتها ، (ولا تأثير لاختلاف الدين ، و) لاختلاف (الحرية) فلو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً أو أحدهما رقيقاً والآخر حراً فلا قصاص (كاتفاقهما فلو قتل الكافر ولده المسلم ، أو) قتل (العبد ولده الحر لم يجب القصاص لشرف الأبوة إلا أن يكون ولده من رضاع أو زنا فيقتل الوالد به) لأنه ليس بولده حقيقة ، (ولو تداعى نفسان نسب صغير مجهول النسب ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما ، فلا قصاص عليهما) لأنه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنهما ، (وإن ألحقته القافة بواحد منهما ثم قتلاه ، لم يقتل أبوه) لما سبق (وقتل الآخر) لأنه ليس بأب ، (وإن رجعا عن الدعوى لم يقبل رجوعهما عن إقرارهما كما لو ادعاه واحد فألحق به ثم جحده) فإنه لا يقبل جحوده ، لأن النسب حق للولد فرجوعه عنه رجوع إقرار بحق لآدمي ، (وإن رجع أحدهما) عن دعواه (صح رجوعه وثبت نسبه) من الآخر (لزوال المعارض ورجوعه) لا يسقط نسبه (ويسقط القصاص عن الذي لم يرجع) لأنه أب ، (ويجب) القصاص (على الراجع) لأنه أجنبي ، (وإن عفا عنه) من وارث المقتول ، (فعليه نصف الدية) كما تقدم في شريك الأب ، (ولو اشترك رجلان في وطء امرأة في طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما) بأن كانت لستة أشهر فأكثر من وطئهما ، (فقتلاه قبل إلحاقه بأحدهما لم يجب القصاص) على واحد منهما ، لعدم تحقق الشرط ، (وإن نفيا نسبه لم ينتف) لأن النسب حق للولد (إلا باللعان) بشروطه ، ومنها أن يكون بين زوجين ، وأن يتقدمه قذف ، وإن نفاه أحدهما لم ينتف لقوله ، لأنه لحقه بالفراش فلا ينتفي إلا باللعان بخلاف التي قبلها ، لأن أحدهما إذا رجع هناك لحق الآخر وأيضاً ثبوته هناك بالاعتراف فيسقط بالجحد وههنا بالاشتراك فلا ينتفي بالجحد ، (ويقتل الولد) المكلف ذكراً كان أو أنثى (بكل واحد من الأبوين المتكافئين وإن علوا) للآية والأخبار وموافقة القياس وقياسه على الأب ممتنع لتأكد حرمته ، ولأنه إذا قتل بالأجنبي فبأبيه أولى ، ولأنه يحد بقذفه فيقتل به كالأجنبي ، (ومتى ورث ولده) أي القاتل (القصاص ، أو) ورث (شيئاً منه) أي القصاص وإن قل سقط القصاص ، لأنه لو لم يسقط لوجب للولد على الوالد وهو ممنوع ، ولأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلئلا يجب بالجناية على غيره أولى ، (أو ورث القاتل شيئاً من دمه سقط القصاص) لأنه لو لم يسقط لوجب له على نفسه القصاص وهو ممنوع ، (فلو قتل أحد الزوجين الآخر ولهما ولد) فلا قود، لأنه لو وجب لوجب لولده، وإذا لم يجب للولد بالجناية فعلى غيره أولى وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى ، أو كان للمقتول من يشاركه في الميراث ، لأنه لو وجب

لثبت له حرمته ولا يمكن وجوبه ، وإذا سقط بعضه سقط كله ، لأنه لا يتبعض كما لو عفا أحد الشريكين ، (أو قتل رجل أخا زوجته فورثته ثم مات فورثها) زوجها القاتل ، (أو) ورثها (ولده) لم يجب القصاص، سواء كان لها ولد من غيره أو لا، لأنه ورث هو أو ولده شيئاً من دمه وهو لا يتبعض (أو قتلت) المرأة (أخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها) بموت زوجها الوارث لأخيه ، (أو قتل رجل أخاه فورثه ابن القاتل، أو) ورثه (أحد يرث ابنه منه شيئاً لم يجب القصاص) لإرث ولده جزءاً من دمه ، (وإذا قتل أحد أبوي المكاتبُ المكاتبَ) لم يجب القصاص لعموم ما سبق ، (أو) قتل أحدهما (عبداً له) أي للمكاتب (لم يجب القصاص) لأنه لو وجب لكان للمكاتب ولا يثبت له قصاص على أبويه كما لو قتلاه ، وأولى ، (وإن اشترى المكاتب أحد أبويه) أو غيره من ذوي رحمه المحرم ، (ثم قتله لم يجب القصاص) لأنه فضله بالملك، وهذا بخلاف ما قدمه فيما سبق وتقدم التنبيه عليه ، (ولو قتل) مكلف (أباه أو أخاه فورثه أخواه ثم قتل أحدهما) أي الأخوين (صاحبه سقط القصاص عن الأول، لأنه ورث بعض دم نفسه) لأن أخويه يستحقان دم أبيهما أو أخيهما ، فإذا قتل أحدهما صاحبه ورث القاتل الأول ما كان يستحقه المقتول ، لأنه أخوه ، فعلى هذا يستحق نصف دمه، لأن دم الأب أو الأخ بين أخوين نصفين ضرورة أن القاتل لا يرث المقتول ، وإن قتل الثاني الأول ثم الثالث الرابع قتل الثالث دون الثاني لإرثه نصف دمه عن الرابع ، وعليه نصف دية الأول للثالث ، (وإن قتل أحد الاثنين أباه ، و) قتل (الآخر أمه وهي زوجة الأب سقط القصاص عن الأول) وهو قاتل الأب (لذلك) أي لإرثه بعض دم نفسه وذلك ثمن دم الأب ، (والقصاص على القاتل الثاني) فلأخيه قتله ويرثه ، وإنما سقط القصاص عن قاتل الأب (لأن القتيل الثاني) وهو الأم (ورث جزءاً من دم الأول) وهو الثمن ، (فلما قتل ورثه) قاتل الأب ضرورة أن القاتل لا يرث ، (فصار له جزء من دم نفسه) وهو الثمن (فسقط القصاص عن الأول وهو قاتل الأب ، لإرثه ثمن أمه وعليه سبعة أثمان ديته لأخيه) قاتل أمه لإرثه ذلك من أبيه ، (وله) أي قاتل الأب (أن يقتص من أخيه) قاتل أمه (ويرثه) لأن القتل بحق لا يمنع الميراث ، (ولو كانت الزوجة بائناً) أو قتلاهما معاً مطلقاً ، (فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه) لأن أحدهما لا يرث من دم نفسه شيئاً لعدم الزوجية أو لموتهما معاً ، (فإن بادر أحدهما فقتل أحدهما أخاه سقط عنه القصاص، لأنه يرث أخاه إن لم يكن المقتول ابن أو ابن ابن، فإن كان) له ابن أو ابن ابن فالأخ محجوب به ، (فله) أي الابن أو ابن الابن (قتل عمه ويرثه إن لم يكن له وارث سواه) لما مر أن القتل بحق لا يمنع الميراث ، (فإن

تشاحا في المبتديء منهما بالقتل احتمل أن يبدأ بقتل القاتل الأول) واختاره ابن حمدان (أو يقرع بينهما قدمه في المبدع ، قال في الشرح : وهو قول) القاضي ، (وأيهما قتل صاحبه أو بمبادرة أو قرعة ورثه إن لم يكن له وارث سواه) لأن قتله بحق ، (وسقط عنه القصاص) لإرثه دم نفسه ، (وإن كان) الأخ القاتل لأخيه (محجوباً عن ميراثه كله) بابن أو ابن ابن (فلوارث القتل) وهو وارث المال (قتل الآخر) لإرثه دمه وعدم المانع ، وله العفو إلى الدية أو مجاناً ، (وإن عفا أحدهما) أي الأخوين (عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العافي ورثه أيضاً) إن لم يكن حاجب، لأنه قتل بحق ، (وسقط عنه ما وجب عليه من الدية) إذ لا يجب للإنسان على نفسه شيء، (وإن تعافيا جميعاً) بأن عفا كل منهما عن الآخر (على الدية تقاصا بما استويا فيه) فيسقط من دية الأب بقدر دية الأم ، (ووجب لقاتل الأم الفضل عن قاتل الأب لأن عقلها) أي ديتها (نصف عقل الأب ، وإن كان لكل واحد منهما) ابن أو ابن ابن (يحجب عمه من ميراث أبيه) بأن لم يقم به مانع ، (فإذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه) أو ابن ابنه ، (وللابن) أو ابن الابن (أن يقتل عمه) لإرثه دمه (ويرثه) أي المقتول منهما (ابنه) أو ابن ابنه (ويرث كل واحد من الابنين مال أبيه ومال جده الذي قتله عمه دون) القتيل (الذي قتله أبوه) ضرورة أن القاتل لا يرث المقتول ، (وإن كان لكل واحد منهما بنت فقتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عنه ، لأنه يرث نصف ميراث أخيه ونصف قصاص نفسه فورث مال أبيه الذي قتله أخوه) أو مال أمها التى قتلها أخوه ، (و) ورث (نصف مال أبيه الذي قتله هو وورثت البنت الذي قتل أبوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذي قتله عمها ، ولها على عمها نصف دية قتيله ، وإذا كان أربع إخوة قتل الأول الثاني ، و) قتل (الثالث الرابع فالقصاص على الثالث) دون الأول لإرثه نصف دمه عن الرابع ، (ووجب له) أي الثالث (نصف الدية على الأولى) لقتله أخاه ضرورة أن القاتل لا يرث (وللأول قتله) أي الثالث بأخيه الرابع ، (فإن قتله ورثه) لأنه قاتل بحق ، (وورث ما يرثه من أخيه الثاني) لأنه من جملة تركته ، (فإن عفا) الأول (عنه) أي الثالث (إلى الدية وجبت عليه) أي الثالث (بكمالها يقاصه) الثالث (بنصفها) الذي ورثه من الثاني ويعطيها نصفها ، (وإن كان لهما) أي للأول والثالث (ورثة) تحجب الأخر أولاً ، (فتفصيلهما كالتي قبلها) فيما إذا قتل أحدهما أباه والآخر أمه .

الشرط (الخامس : بأن تكون الجناية عمداً) محضاً بخلاف شبه العمد والخطأ ، فلا قصاص فيهما إجماعاً ، حكاه في الشرح ، (وإن قتل من لا يعرف) بإسلام أو حرية ، (وادعى كفره أو رقه) وجب القصاص ، لأنه محكوم بإسلامه بالدار ، ولهذا يحكم

بإسلام اللقيط ، ولأن الأصل الحرية والرق طارىء ، (أو ضرب ملفوفاً فقده أو ألقي عليه) أي الملفوف (حائطاً وادعى أنه كان ميتاً وأنكر وليه) وجب القصاص، لأن الأصل الحياة ، (أو قطع طرف البنان وادعى شلله أو قلع عيناً وادعى عماها) وأنكر المجني عليه وجب القصاص ، لأن الأصل السلامة ، (أو قطع ساعداً وادعى أنه لم يكن عليه كف ، أو) قطع (ساقاً وادعى أنها) أي الساق (لم يكن لها قدم) وجب القصاص ، لأن الأصل بقاء الكف والقدم ، (أو قتل) مكلف (رجلاً في داره وادعى أنه دخل لقتله أو أخذ ماله أو يكابره على أهله فقتله دفعاً عن نفسه) أو ماله أو أهله ، (وأنكر وليه) وجب القصاص ، لأن الأصل عدم ما يدعيه سواء وجد في دار القاتل أو غيرها ، معه سلاح أو لا لما روى عن عليّ أنه « سئل عمن وجد مع امرأته رجلاً آخر فقتله فقال : إن لم يأت بأربعة فليعط برمته » رواه سعيد ورجاله ثقات . ولأن الأصل عدم ما يدعيه . قال في الفروع : ويتوجه عدمه في معروف بالفساد ، (أو تجارح اثنان وادعى كل منهما أنه جرحه دفعاً عن نفسه) وأنكر الآخر (وجب القصاص والقول قول المنكر مع يمينه إذا لم تكن بينة) لعموم قوله ﷺ : « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » (ومتى صدق المنكر) في شيء مما تقدم من الصور (فلا قود ولا دية) لقول عمر رواه سعيد وهو منقطع ، وروي عن الزبير نحوه . ولأن الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو أقر بقتله قصاصاً ، (وإن ادعى القاتل أن المقتول زني وهو محصن لم تقبل دعواه من غير بينة) لأن الأصل عدم ذلك ، (وإن أقام شاهدين بإحصانه قبل) بخلاف الزنا فلابد فيه من أربعة كما يأتي ، (وإن اختصم قوم بدار فجرح) بعضهم بعضاً ، (وقتل بعهضم بعضاً وجهل الحال) بأن لم يعلم القاتل ولا الجارح ، (فعلى عاقلة المجروحين دية القتلى يسقط منها أرش الجراح) قضى به عليّ رواه أحمد ، (فإن كان فيهم) أي المختصمين (من ليس به جرح شارك المجروحين في دية القتل) هذا أحد وجهين أطلقهما ابن حمدان . قال في تصحيح الفروع : اختاره في التصحيح الكبير .

والوجه الثاني : لا دية عليهم وهو ظاهر كلام جماعة من الأصحاب ، (ويأتي في القسامة إذا قال إنسان ما قتل هذا المدعي عليه بل أنا قتلته ، وله قتل من وجده يفجر بأهله، وظاهر كلام أحمد لا فرق بين كونه) أي الفاجر (محصناً أو غيره) روي عن عمر وعليّ ، (وصرح به الشيخ) لأنه ليس بحد ، وإنما هو عقوبة على فعله وإلا اعتبرت شروط الحد ، وقال الشافعي : له قتل فيما بينه وبين الله تعال إذا كان الزاني محصناً ، وللمالكية قولان في اعتبار إحصانه ، (والحر المسلم يقاد به قاتله) عدواناً ، (وإن كان مجدع الأطراف) أي مقطوعها (معدوم الحواس) من سمع وبصر وشم وذوق

ولس ، (والقاتل صحيح سوى الخلق وبالعكس) بأن كان القاتل مجدع الأطراف معدوم الحواس والمقتول صحيح سوى الخلق ، (وكذلك إن تفاوتا في العلم والشرف والغني والفقر والصحة والمرض والقوة والضعف والكبر والصغر ونحو ذلك) كالحذق والبلادة إجماعاً ، حكاه في الشرح لعموم الآية ، لقوله ﷺ : « المُؤْمِنُونَ تَتَكَافأُ دِماؤُهُم » .

(ويجري في القصاص بين الولاة) جمع وال ويتناول الإمام والقاضي والأمير (والعمال) على الصدقات أو الخراج أو غيرهما (وبين رعيتهم) قال في الشرح : لا نعلم في هذا خلافاً لعموم الآيات والأخبار ، (ولا يشترط في وجوب القصاص كون القتل في دار الإسلام) فيقتل مكافئه بشروطه ، وإن كان بدار حرب ، سواء كان هاجر أو لم يهاجر لعموم الأدلة ، (وقتل الغيلة) بكسر الغين المعجمة وهي القتل على غرة ، (وغيره) أي غير قتل الغيلة (سواء في القصاص والعفو) لعموم الأدلة ، (وذلك) أي القصاص والعفو في قتل الغيلة وغيره (للولي) الوارث للمقتول لقيامه مقامه (دون السلطان) فليس له قصاص ولا عفو مع وجود وارث لعموم قوله تعالى : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾ (١) ، وقوله ﷺ : « فَأَهْلُهُ بينَ خِيرَتَينِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَهُوَ وَلِي المَقْتُولَ لَهُ القِصَاصُ » والعفو على الدية لا مجاناً .



(١) سورة الإسراء ، الآية : ٣٣ .

باب استيفاء القصاص

(وهو) أي استيفاء القصاص (فعل مجني عليه) إن كانت الجناية على ما دون النفس ، (أو) فعل (وليه) أي وارثه إن كانت على النفس (بجان عامد مثل ما فعل) الجاني (أو شبهه) أي شبه فعل الجاني ، (وله) أي استيفاء القصاص (ثلاثة شروط:

أحدها : أن يكون مستحقه مكلفاً) لأن غير المكلف ليس أهلاً للاستيفاء بعد تكليفه، بدليل أنه لا يصح إقراره ولا تصرفه ، (فإن كان) مستحق القصاص (صغيراً أو مجنوناً لم يجز) لآخر (استيفاؤه) لما تقدم (ويحبس القاتل حتى يبلغ الصغير ، و) حتى (يعقل المجنون) لأن فيه حظاً للقاتل بتأخير قتله وحظاً للمستحق بإيصاله إلى حقه ، ولأنه يستحق إتلاف نفسه ومنفعته ، فإذا تعذر استيفاء النفس لعارض بقي إتلاف المنفعة سالماً عن المعارض ، وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم في قود حتى بلغ ابن القتيل ، فلم ينكر ذلك ، وكان في عصر الصحابة ، (وليس لأبيهما) أي الصغير والمجنون (اسيفاؤه) لهما (كوصي وحاكم) لأن القصد التشفي وترك الغيظ ، ولا يحصل ذلك باستيفاء الأب أو غيره بخلاف الدية ، فإن الغرض يحصل باستيفائه ، ولأن الدية يملك استيفاءها إذا تعينت والقصاص لا يتعين ، (فإن كانا محتاجين إلى نفقة فلولي مجنون العفو إلى الدية دون ولي الصغير نصاً) لأن المجنون ليس في حالة معتادة ينتظر فيها إفاقته ورجوع عقله بخلاف الصبي وتقدم في اللقيط ما في ذلك ، (وإن ماتا) أي الصغير والمجنون (قبل البلوغ والعقل قام وارثهما مقامهما فيه) أي في استيفاء القصاص، لأنه حق لهما فانتقل بموتهما إلى وارثهما كسائر حقوقهما ، (وإن قتلا قاتل أبيهما أو قطعا قاطعهما) أي الصغير والمجنون (قهراً) سقط حقهما ، لأنه أتلف عين حقه فسقط الحق أشبه ما لو كان لهما وديعة عند شخص فأتلفاها ، (أو اقتصا ممن لا تحمل العاقلة ديته كالعبد سقط حقهما) وجهاً واحداً ، لأنه لا يمكن إيجاب ديته على العاقلة فلم يكن إلا سقوطه .

الشرط (الثاني : اتفاق المستحقين له) أي القصاص (على استيفائه) لأن الاستيفاء حق مشترك لا يمكن تبعيضه فلم يجز لأحد التصرف فيه بغير إذن شريكه ، (وليس لبعضهم استيفاؤه دون بعض) لأنه يكون مستوفياً لحق غيره بغير إذن ولا ولاية له عليه أشبه الدين ، (فإن فعل) بأن استوفى أحدهم القصاص بدون إذن الباقي (فلا قصاص

عليه) لأنه قتل نفساً يستحق بعضها فلم يجب قتله بها ، لأن النفس لا تؤخذ ببعض نفس ، ولأنه مشارك في استحقاق القتل فلم يجب عليه قود كالشريك في الجارية إذا وطئها ، ويفارق ما إذا قتل الجماعة واحداً فإنا لم نوجب القصاص بقتل بعض النفس ، (ولشركائه في تركة الجاني حقهم من الدية) لأن حقهم من القصاص سقط بغير اختيارهم ، فأشبه ما لو مات القاتل ، (وترجع ورثة الجاني على المقتص بما فوق حقه) من الدية ، (فلو كان الجاني أقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلاً له ابنان قتلها أحدهما بغير إذن) الابن (الآخر ، فللآخر نصف دية أبيه في تركة المرأة) التي قتلته كما لو ماتت (وترجع ورثتها بنصف ديتها على قاتلها) لأنه لا يستحق سوى نصف دمها وقد استوفاه ، (وهو) أي نصف دية المرأة (ربع دية الرجل) لأن دية المرأة نصف دية الرجل كما يأتي ، (وإن عفا بعضهم) أي الورثة عن القصاص ، (وكان ممن يصح عفوه) بأن كان مكلفاً ، (ولو) كان العفو (إلى الدية سقط القصاص) روي عن عمر وعليّ ، لأن القصاص حق مشترك بين الورثة لا يتبعض مبناه على الدرء والإسقاط ، فإذا أسقط بعضهم حقه سرى إلى الباقي كالعتق ، (وإن كان العافي) على القصاص (زوجاً أو زوجة) لقول زيد بن وهب : « أنَّ عُمر أُتيَ بِرَجلٍ قَتَلَ قتيلاً فَجاءَ وَرَثَةُ المَقتول لِيَقْتُلُوهُ، فَقَالَتْ امْرَأَةُ المَقتول وَهِيَ أُخْتُ القَاتِلِ: عَفَوْتُ عَنْ حَقِّي فَقَالَ عمر: اللهُ أكبرُ عَتَقَ القَتِيلُ »[1] رواه أبو داود . لأن من ورث المال ورث القود كما يأتي ، (وكذا لو شهد أحدهم) أي الورثة (ولو مع فسقه بعفو بعضهم) فإنه سقط حق الجميع من القصاص لكون شهادته إقراراً بأن نصيبه من القصاص سقط وهو لا يبعض ، (وللباقي) الذين لم يعفو (حقهم من الدية على الجاني) سواء عفا مطلقاً أو إلى الدية لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه ، فثبت له البدل كما لو ورث بعض دمه أو مات ، (فإن قتله الباقون عالمين بالعفو ، و) عالمين بـ (سقوط القصاص فعليهم القود حكم بالعفو حاكم أو لا) لأنه لو قتل عمد عدوان أشبه ما قتلوه ابتداء ، (وإن لم يكونوا عالمين بالعفو) وبسقوط القصاص (فلا قود) عليهم ، (ولو كان قد حكم بالعفو) لأن عدم العلم بذلك شبهته درأت القود كالوكيل إذا قتله بعد العفو وقبل العلم به ، (وعليهم) أي القاتلين (ديته) لأن القتل قد تعذر والدية بدله ، (وسواء كان الجميع حاضرين أو) كان بعضهم حاضراً و(بعضهم غائباً) لاستوائهم معنى ، (فإن كان القاتل هو العافي فعليه القصاص) ولو ادعى نسيانه أو جوازه ، (وإن كان بعضهم) أي الورثة (غائباً انتظر قدومه وجوباً) لأنه حق مشترك أشبه ما لو كان المقتول عبداً مشتركاً ، (ويحبس القاتل حتى يقدم)

---

(١) الأثر بمعناه عند أبي داود في كتاب الديات ، باب عفو النساء عن الدم .

الغائب كما تقدم في الصغير والمجنون ، (وكل من ورث المال ورث القصاص على قدر ميراثه من المال حتى الزوجين وذوي الأرحام) لأنه حق فيستحقه الوارث من جهة مورثه أشبه المال ، والأحسن رفع الزوجين وذوي الأرحام عطفاً على كل ، وعلى عبارة المصنف تبعاً للمقنع تكون حتى حرف جر لانتهاء الغاية أي كل من ورث المال ورث القصاص ينتهي ذلك إلى الزوجين وذوي الأرحام ، (ومن لا وارث له فوليه الإمام) لأنه ولي من لا ولي له (إن شاء اقتص) لأن بنا حاجة إلى عصمة الدماء ، فلو لم يقتل من لا وارث له لقتل ، (وإن شاء عفا إلى دية كاملة) فأكثر ، لأنه يفعل ما يرى فيه المصلحة للمسلمين في القصاص والعفو ، (وليس له العفو مجاناً) ولا على أقل من دية ، لأنها للمسلمين ولا حظ لهم في ذلك ، (وإذا اشترك جماعة في قتل واحد فعفا عنهم) ورثته (إلى الدية فعليهم دية واحد ، وإن عفا عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه منها) أي من الدية بدل المحل وهو واحد فتكون ديته واحدة ، سواء أتلفه واحد أو جماعة ، وأما القصاص فهو عقوبة على الفعل فيتقدر بقدره .

الشرط (الثالث : أن يؤمن في الاستيفاء التعدي إلى غير الجاني) لقوله تعالى : ﴿فَلا يُسْرِفْ فِي القَتْلِ﴾ [1] ، وإذا أفضى إلى التعدي ففيه إسراف ، (فلو وجب القود أو الرجم على حامل أو على حائل ، و) حملت بعد وجوبه (لم تقتل حتى تضع الولد وسقيه اللبأ) قال في المبدع بغير خلاف لما روى ابن ماجة بإسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال : حدثنا معاذ بن جبل وأبو عبيدة بن الجراح وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس قالوا : إن رسول الله ﷺ قال : « إذا قَتَلَت المَرْأةُ عَمْداً فَلا تُقتَلُ حتى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا إنْ كَانَتْ حَامِلاً وحتى تكفُلَ وَلَدَهَا وإنْ زَنَتْ لمْ تُرْجَمَ حتى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا وحتى تكفُلَ ولَدَهَا » [2] ولأنه يخاف على ولدها وقتله حرام والولد يتضرر بترك اللبأ ضرراً كثيراً، وقال في الكافي : لا يعيش إلا به ، (ثم إن وجد من يرضعه مرضعة راتبة قتلت) لأن تأخير قتلها إنما كان للخوف على ولدها ، وقد زال ذلك ، (وإن وجد مرضعات غير رواتب أو) وجد (لبن شاة ونحوها ليسقي منه راتباً جاز قتلها) لأنه لا يخاف على الولد إذن التلف ، (ويستحب لولي القتل تأخيره) حينئذ (إلى الفطام) دفعاً لضرر الولد بذلك ، (وإن لم يكن له) أي الولد (من يرضعه تركت حتى ترضعه حولين ثم تقطعه) للخبر والمعنى ، لأن القتل إذا أخر من أجل حفظ الحمل فلأن يؤخر من أجل حفظ الولد أولى ، (ولا تجلد) الحامل (في الحد) حتى تضع (ولا يقتص

---

(١) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/٨٩٨ ، كتاب الديات ، باب الحامل يجب عليها القود ، الحديث (٢٦٩٤) ، وفي الزوائد في إسناده ابن أنعم اسمه عبد الرحمن بن زياد بن أنعم ضعيف ، وكذلك الراوي عنه عبد الرحمن بن لهيعة .

(٢) سورة الإسراء ، الآية : ٣٣ .

منها في الطرف حتى تضع) لأنه لا يؤمن التعدي إلى تلف الولد ، أشبه الاقتصاص في النفس بل يقاد منها بمجرد الوضع صرح به في الفروع وغيره وجزم به في المنتهى . (قال الموفق وغيره) : حتى تضع (وتسقيه للبأ) قال في المبدع : وهو ظاهر ، (فإذا أوضعت الولد وانقطع النفاس وكانت قوية يوم تلفها ولا يخاف على الولد الضرر من تأثر اللبن أقيم عليها الحد من قطع الطرف والجلد) لعدم المانع ، (وإن كانت في نفاسها أو ضعيفة يخاف تلفها لم يقم عليها حتى تطهر وتقوى) دفعاً للضرر . وقال في الإنصاف : الصحيح من المذهب أنه لا يقتص منها بالوضع . قال في التنقيح : بل بمجرد الوضع قبل سقي اللبأ ، (ويأتي في كتاب الحدود) بأوضح من هذا ، (وإن ادعت من وجب عليها القصاص الحمل قبل منها إن أمكن) لأن للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها دون غيرها لوجب أن يحتاط له كالحيض (وتحبس حتى يتبين أمرها) احتياطاً لمن وجب له القصاص ، (ولا تحبس لحد) يعني لو ادعت من وجب عليها الحد أنها حامل قبل منها إن أمكن ولم تحبس ، (وإن اقتص من حامل فإن كانت لم تضعه) ولم تتيقنه حملاً (لكن ماتت على ما بها من انتفاخ البطن وإمارة الحمل فلا ضمان في حق الجنين، لأنه لا يتحقق أن الانتفاخ حمل) فلا توجب بالشك ، (وإن ألقته) أي الجنين (حياً فعاش فلا كلام) أي لا ضمان على المقتص ، لكن يؤدب ، (وإن ألقته حياً وبقي) الولد (خاضعاً ذليلاً زماناً يسيراً ثم مات ففيه دية كاملة إذا كان وضعه لوقت يعيش مثله) وهو ستة أشهر فأكثر ، (وإن ألقته ميتاً أو حياً في وقت لا يعيش) فيه (مثله) وهو ما دون ستة أشهر (ففيه غرة) عبد أو أمة كما يأتي في الجنين (والضمان في ذلك على المقتص من أمه) لأنه المباشر والحاكم الذي مكنه متسبب ، وإن علم الحاكم دون الولي فالضمان على الحاكم وحده ، كالسيد إذا أمر عبده الأعجمي الذي لا يعرف تحريم القتل ذكره في الشرح والمبدع ، ويكون وجوب ما تقدم من الدية أو الغرة (مع الكفارة) على المقتص ، لأنه قاتل نفس .



فصل

ولا يستوفي القصاص ولو في النفس إلا بحضرة السلطان أو نائبه وجوباً، لأنه يفتقر إلى اجتهاده ولا يؤمن فيه الحيف مع قصد التشفي ، (فلو خالف) الولي (وفعل) أي اقتص بغير حضرة السلطان أو نائبه (وقع الموقع) لأنه استوفي حقه ، (وله) أي الإمام أو نائبه (تعزيره) لافتياته على السلطان، وفي عيون المسائل لا يعزره، لأنه حق له كالمال.

(ويستحب إحضار شاهدين) عند الاستيفاء لئلا ينكره المقتص ، (ويجب أن تكون الآلة) التي يستوفي بها القصاص (ماضية) لحديث : « إِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا القِتْلَةَ » (وعلى الإمام تفقدها) أي آلة الاستيفاء، لأن منها ما لا يجوز الاستيفاء به، (فإن كانت) الآلة (كآلة أو مسمومة منعه من الاستيفاء بها) لخبر : « إِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا القِتْلَةَ » رواه مسلم من حديث شداد . ولئلا يعذب المقتول، ولأن المسمومة تفسد البدن وربما منعت غسله ، (فإن عجل) الولي (واستوفي بها) أي بالآلة الكالة أو المسمومة (عزر) لفعله ما لا يجوز ، (و) ينظر الإمام أو نائبه في الولي (إن كان الولي يحسن الاستيفاء ويقدر عليه بالقوة والمعرفة مكنه منه الإمام وخيره بين المباشرة والتوكيل) لقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ﴾ [1] ، ولأنه عليه الصلاة والسلام : « أَتَاهُ رَجُلٌ يَقُودُ آخَرَ فَقَالَ : إِنَّ هَذَا قَتَلَ أَخِي فَاعْتَرَفَ بِقَتْلِهِ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : اذْهَبْ فَاقْتُلْهُ » رواه مسلم .

(ولا) أي وإن لم يحسن الولي لاستيفاء أو لم يقدر عليه (أمره بالتوكيل) لأنه عاجز عن استيفائه فيوكل فيه من يحسنه لأنه قائم مقامه ، (فإن ادعى) الولي (المعرفة فأمكنه) الإمام أو نائبه (فضرب عنقه فأبانه فقد استوفي) القصاص ، (وإن أصاب غير العنق وأقر بتعمد ذلك عزر) لفعله ما لا يجوز ، (فإن قال) الولي : (أخطأت وكانت الضربة قريباً من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه) لأنه ممكن ، (وإن كان) الضرب (بعيداً) عن العنق (كالوسط والرجلين لم يقبل) قول الولي أنه أخطأ ، لأنه خلاف الظاهر ، (ثم إن أراد) الولي العود للاستيفاء (لم يمكن ، لأنه ظهر منه أنه لا يحسن الاستيفاء) فيوكل من يحسنه ، (وإن احتاج الوكيل إلى أجرة فمن مال الجاني كالحد) لأنها أجرة لإيفاء ما عليه من الحق ، فكانت لازمة له كأجرة الكيال ، وذهب بعض أصحابنا أنه يرزق من بيت المال رجل يستوفي الحدود والقصاص ، لأن هذا من المصالح العامة ، فإن لم يحصل فعلى الجاني، لأن الحق عليه، ورد بأن الذي على الجاني التمكين لا الفعل ، (و) لهذا (إن باشر الولي الاستيفاء فلا أجرة له) على الجاني لأنه استوفى حقه ، (ويجوز اقتصاص جان من نفسه برضا الولي) ويكون نائباً عنه كالأجنبي (ولو أقام) المحدود (حد زنا) على نفسه (أو) حد (قذف) على نفسه (أو قطع سرقة على نفسه بإذن سقط قطع السرقة فقط) لحصول المقصود وهو قطع العضو الواجب قطعه بخلاف حد الزنا والقذف لعدم حصول الردع والزجر بجلده نفسه ، وله ختن نفسه

---

(١) سورة الإسراء ، الآية : ٣٣ .

إن قوى عليه ، وأحسنه نصاً ، لأنه يسير ، (وإن كان) الحق في (الاستيفاء لجماعة) بأن كان الوارث اثنين فأكثر (لم يجز أن يتولاه جميعهم) لما فيه من تعذيب الجاني وتعدد أفعالهم ، (وأمروا بتوكيل واحد منهم أو من غيرهم) ليستوفي القصاص لهم ، (فإن تشاحوا وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء قدم أحدهم بقرعة) لأنه لا مزية لأحدهم كما لو تشاحوا في تزويج موليتهم ، (لكن لا يجوز) لمن خرجت له القرعة (الاستيفاء حتى يوكله الباقون) لأن الحق لهم ، (فإن لم يتفقوا على التوكيل منع الاستيفاء حتى يوكلوا) وقال ابن أبي موسى : إذا تشاحوا أمر الإمام من شاء باستيفائه.

★ ★ ★

فصل

ولا يجوز استيفاء القصاص في النفس إلا بالسيف في العنق سواء كان القتل به أي السيف ، (أو بمحرم لعينه) أي ذاته (كسحر وتجريع خمر ولواط أو قتله بحجر أو تغريق أو تحريق أو هدم) حائط عليه (أو حبس أو خنق أو قطع يده من مفصل أو غيره أو أوضحه أو قطع يديه ورجليه ، ثم عاد فضرب عنقه قبل البراء أو أجافه) بأن جرحه جرحاً وصل إلى جوفه فمات ، (أو أمه) أي جني عليه آمة وهي ما تصل إلى جلدة الدماغ فمات (أو قطع يداً ناقصة الأصابع أو شلاء أو زائدة) فمات ، (أو) جنى (جناية غير ذلك) عليه (فمات) لعموم حديث النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال : «لا قَوَدَ إلا بِالسَّيْفِ » [١] رواه ابن ماجة والدارقطني من غير طريق . وقال أحمد : ليس إسناده بجيد . (ويدخل قود العضو في قود النفس) لأن القصاص حد بدل النفس فدخل الطرف في حكم الجملة كاليد ، (ولا يفعل به) أي بالمقتص منه (كما فعل إذا كان القتل بغير السيف) للنهي عن المثلة ، ولأن فيه زيادة تعذيب ، (فإن فعل) الولي به كما فعل (فقد أساء) بالمخالفة ، (ولم يضمن) شيئاً كما لو استوفي بآلة كآلة ، (فإن ضربه) الولي (بالسيف فلم يمت كرر عليه) الضرب (حتى يموت) ليحصل الاستيفاء، (ولا يجوز) استيفاء القصاص في النفس (بسكين) لأن السيف أوحى (ولا) يجوز استيفاء القصاص (في طرف إلا بها) أي بسكين لئلا تحيف ، وذكر في الانتصار وغيره أن الرجم بحجر لا يجوز بسيف ، (ويأتي فيما يوجب القصاص فيما دون النفس) أي أنه لا يستوفي إلا بسكين ، وبيان كيفية استيفائه ، (ولا تجوز الزيادة أيضاً على ما أتى به) الجاني ، (ولا قطع شيء من أطرافه) لقوله تعالى : ﴿ فَلَا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ ﴾[٢].

---

(١) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن : ٨٨٩/٢ ، كتاب الديات ، باب لا قود إلا بالسيف ، الحديث (٢٢٦٧) ، وفي الزوائد في إسناده جابر الجعفي وهو كذاب ، وكذا روى الحديث من طريق أبي بكرة رضي الله عنه في نفس المصدر برقم (٢٢٦٨) ، وفي الزوائد في إسناده مبارك بن فضالة وهو يدلس ، وقد عنعنه وكذا الحسن .

(٢) سورة الإسراء ، الآية : ٣٣ .

(فإن فعل) أي قطع الولي شيئاً من أطرافه (فلا قصاص عليه) لأن القصاص عقوبة تدرأ بالشبهة وهي هنا متحققة ، لأنه مستحق لإتلاف الطرْف ضمناً لاستحقاق إتلاف الجملة (ويجب فيه) أي الزائد (ديته) أي دية ذلك الزائد، لأنه حصل بالتعدي (سواء عفا عنه) الولي (أو قتله) لأن استحقاق إتلاف الطرف موجود في حالتي العفو والقتل ، (وإن زاد) المقتص (في الاستيفاء من الطرف مثل أن يستحق قطع إصبع فيقطع اثنين فحكمه حكم القاطع ابتداء إن كان) القطع (عمداً من مفصل) وجب القصاص لانتفاء الشبهة ، (أو) زاد المقتص عمداً في (شجة يجب في مثلها القصاص) وهي الموضحة، (فعليه القصاص في الزيادة) لانتفاء الشبهة ، (وإن كان) ذلك (خطأ ، أو) كان (جرحاً لا يجب القصاص مثل من يستحق موضحة فاستوفى هاشمة فعليه أرش الزيادة) كالجاني ابتداء (إلا أن يكون ذلك) الحاصل زيادة (بسبب من الجاني) المقتص منه (كاضطرابه حال الاستيفاء) منه (فلا شيء على المقتص) لأنه لم يجن عليه ، بل هو جنى على نفسه ، (فإن اختلفا) أي المقتص والمقتص منه (على فعله) أي قطع الزائد ونحوه (عمداً أو خطأ) فقول المقتص، لأنه أدرى بنيته ، (أو قال المقتص : حصل هذا باضطرابك أو) بـ (فعل من جهتك) وقال المقتص منه بل بجنايتك ، (فالقول قول المقتص مع يمينه) لأن الأصل براءته ، (وإن قطع) الجاني (يده فقطع المجني عليه رجل الجاني لزمه) أي المجني عليه (دية رجله) لأن الجاني لم يقطعها ، (وإن سرى الاستيفاء الذي حصلت به الزيادة إلى نفس المقتص منه ، أو) سرى (إلى بعض أعضائه مثل أن قطع إصبعه فسرى إلى جميع يده أو اقتص منه بآلة كالة ، أو) بآلة (مسمومة) فسرى (أو) اقتص منه (في حال حر مفرط ، أو) في (برد شديد فسرى، فعلى المقتص نصف الدية) وقال في المنتهى في آخر باب ما يوجب القصاص فيما دون النفس يلزمه بقية الدية ، لأنه تلف بفعل جائز ومحرم (قال القاضي : كما لو جرحه جرحين جرحاً في ردته وجرحاً بعد إسلامه فمات منهما) أي من الجرحين ، (وإن قطع) الجاني (بعض أعضائه) أي المجني عليه (ثم قتله بعد أن برئت الجراح مثل إن قطع) الجاني (يديه ورجليه فبرئت جراحته ثم قتله) الجاني (فقد استقر حكم القطع) بالبرء ، (ولولي القتيل) وهو وارث المجني عليه (الخيار) بين القصاص والعفو ، فـ (إن شاء عفا وأخذ ثلاث ديات) دية لليدين ودية للرجلين ودية للنفس ، (وإن شاء) الولي (قتله وأخذ ديتين) دية لليدين ودية للرجلين ، (وإن شاء قطع يديه ورجليه وأخذ دية نفسه ، وإن شاء) الولي (قطع يديه أو رجليه وأخذ ديتين وإن شاء) الولي (قطع طرفاً واحداً) من اليدين أو الرجلين ، (وأخذ دية الباقي) وهو ديتان ونصف ، لأن كل

جناية من ذلك استقر حكمها فهي كالمتحدة ، (وإن اختلفا في اندمال الجرح قبل القتل وكانت المدة بينهما يسيرة لا يحتمل اندماله في مثلها) عادة ، (فقول الجاني) في عدمه (بغير يمين) لأنه الظاهر ، (وإن اختلفا في مضيها) أي مضي مدة يندمل فيها الجرح ، (فقوله) أي الجاني (أيضاً مع يمينه) لأن الأصل عدم الاندمال وعدم المضي ، (وإن كانت المدة) التي مضت بين الجرح والقتل (ما يحتمل البرء فيها فقول الولي مع يمينه) لأن الأصل عدم سقوط حكم الجناية ، (فإن كان للجاني بينة ببقاء المجني عليه ضمناً حتى قتله حكم له ببينته) لعدم ما يعارضها ، (وإن كانت) البينة (للولي ببرئه حكم له) أي للولي (أيضاً) ببينته لعدم المعارض لها ، (فإن تعارضتا) أي البينتان (قدمت بينة الولي ، لأنها مثبتة للبرء) والمثبت مقدم على النافي ، (وإن ظن ولي دم أنه اقتص في النفس فلم يكن ، وداواه أي الجاني (أهله حتى بريء ، فإن شاء الولي دفع إليه دية فعله) الذي فعله به وقتله ، (وإلا) أي وإن لم يشأ الولي ذلك (تركه) ولم يتعرض له. قال في الفروع : وهذا قضاء عمر وعليّ ويعلي بن أمية ، ذكره أحمد .



فصــل

وإن قتل واحد اثنين فأكثر واحداً بعد واحد أو دفعة واحدة فاتفق أولياؤهم على قتله قتل لهم ، لأن الحق لهم كما لو قتل عبد عبيداً خطأ فرضوا بأخذه ، ولأنهم رضوا ببعض حقهم كما لو رضي صاحب اليد الصحيحة بالشلاء ، (ولا شيء لهم سواه) أي سوى القتل ، لأنهم رضوا بقتله فلم يكن لهم سواه ، وإن طلب أحدهم القصاص والباقون الدية فلهم ذلك ، (وإن تشاحوا فيمن يقتله منهم على الكمال أقيد للأول إن كان قتلهم واحداً بعد واحد) لأن حقه أسبق ، ولأن المحل صار مستحقاً له بالقتل (وللباقين) بعد الأول (دية قتلاهم) لأن القتل إذا فات تعينت الدية (كما لو بادر غير ولي الأول واقتص) بجنايته فللباقين الدية ، (فإن كان ولي الأول غائباً أو صغيراً أو مجنوناً انتظر) قدومه أو بلوغه أو عقله لأن الحق له ، (وإن قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا أقرع بينهم) فيقتل من خرجت له القرعة للباقين الدية ، (وإن بادر غير من وقعت له القرعة فقتله) فقد (استوفى حقه وسقط حق الباقين إلى الدية) لفوات القتل بالنسبة إليهم (وإن قتلهم متفرقاً) واحداً بعد واحد ، (وأشكل الأول وادعى كل واحد) من الأولياء (الأولية ولا بينة) لواحد منهم (فأقر القاتل لأحدهم قدم) المقر له بالأولية (بإقراره) أي القاتل على نفسه ، (وإلا) أي وإن لم يقر القاتل بالأولية لأحدهم (أقرع) كما لو قتلهم معاً ، (فإن عفا ولي الأول عن القود قدم ولي المقتول الأول بعده) لأن

الأول إنما قدم عليه بسبقه ، وقد سقط حقه لرضاه بالدية ، (فإن لم تكن أولية بعده) أي العافي ، (أو جهلت) الأولية بعده (فبقرعة) لأنه لا مرجح غيرها ، (وإن عفا أولياء الجميع إلى الديات فلهم ذلك) لأنهم رضوا ببعض حقهم ، ولا تتداخل حقوقهم، لأنها حقوق مقصودة لآدمي فلا تتداخل كالديون ، (وإن أراد أحدهم القودو) أراد (الآخر الدية قتل لمن اختار القود وأعطى الباقون دية قتلاهم من مال القاتل) لأنه عمد محض ، فلا تحمله العاقلة ، (وإن قتل رجلاً) أو امرأة (وقطع طرفاً من آخر قطع طرفه أولاً) لأنه لو بديء بالقتل لفات القطع وفيه تفويت لحق المقطوع ، فوجب تقديم القطع لما فيه من الجمع بين حقي القتل والقطع ، (ثم قتل لولي المقتول بعد الاندمال) لأنه معارض له ، (وتقدم القتل) على القطع (أو تأخر) عنه ، لأنهما جنايتان على شخصين فلم يتداخلا كقطع يد رجلين ، ولأنه أمكن الجمع بين الحقين ، فلم يجز إسقاط أحدهما ، (وإن قطع يد رجل وقتل آخر ثم سرى القطع إلى نفس المقطوع فمات ، فهو قاتل لهما) لأن سراية العمد مضمونة ، (فإن تشاحا في الاستيفاء قتل بالذي قتله) لسبقه وتأخر السراية ، (ووجبت الدية كاللة للمقتول بالسراية ولم يقطع طرفه) لأنه قطع صار قتلاً ، (وإن قطع يد واحد وأصبع آخر من يد نظيرتها قدم رب اليد إن كان أولاً لسبقه) وللآخر دية أصبعه ، (لتعذر القصاص) فيه (ومع أوليته) بأن كان قطع الإصبع أولاً (تقطع أصبعه ثم يقتص رب اليد بلا أرش) لأنه لا يجمع في عفو واحد بين قصاص ودية النفس ، وهذا بخلاف النفس ، فإنها لا تنقص بقطع الطرف فقطعه لا يمنع التكافؤ ، بدليل أخذ صحيح الأطراف بمقطوعها وقطع الأصبع من اليد لا يمنع التكافؤ في اليد ، بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة واختلاف ديتها ، (وإن قطع أيدي جماعة) اثنين فأكثر دفعة أو متفرقاً ، (فحكمه حكم القتل فيما تقدم) لأن القطع كالقتل، فإن رضوا بقطع يده قطعت لهم ولا شيء لهم سواه ، وإن تشاحوا بديء بالأول ولمن بقي الدية ، وإن كان القطع معاً أو جهل الأول أقرع ، وإن رضي الأول بالدية أعطيها وقطع للباقين ، (وإن بادر بعضهم فاقتص بجنايته في النفس أو الطرف فلمن بقي الدية على الجاني) في ماله ولا تحملها العاقلة لأنه عمد محض ، (ويأتي إذا قتل) خارج الحرم ثم لجأ إليه ، (أو أتى حداً خارج الحرم ثم لجأ إلى الحرم آخر كتاب الحدود) مفصلاً .



باب العفو عن القصاص

أجمعوا على جواز العفو عن القصاص وأنه أفضل لقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾ (١) والقصاص كان حتماً على اليهود وحرم عليهم العفو والدية ، وكانت الدية حتماً على النصارى وحرم عليهم القصاص فخيرت الأمة بين القصاص وأخذ الدية والعفو تخفيفاً ورحمة ، وكان النبي ﷺ : « لا يُرْفَعُ إِلَيْهِ أَمْرٌ فِيهِ الْقِصَاصُ إِلا أَمَرَ فِيهِ بِالْعَفْوِ » رواه الخمسة إلا النسائي من حديث أنس . والقياس يقتضيه، لأن القصاص حق له فجاز تركه كسائر الحقوق . والعفو : المحو والتجاوز (الواجب بقتل العمد أحد شيئين القود أو الدية) لقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ (٢) أوجب الاتباع بمجرد العفو ، ولو أوجب العمد بالقصاص عيناً لم تجب الدية عند العفو المطلق ، (فيخير الولي بينهما) فإن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية ، (ولو لم يرض الجاني) لقول ابن عباس : « كَانَ فِي بَنِي إِسْرَائِيلَ الْقِصَاصُ وَلَمْ يَكُنْ فِيهِمْ الدِّيَةُ ، فَأَنْزَلَ اللهُ هَذِهِ الآيَة : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ (٣) الآية » رواه البخاري . وعن أبي هريرة مرفوعاً : « مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ : إِمَّا أَنْ يُودَى وَإِمَّا أَنْ يُقَادَ » (٤) متفق عليه . (وإن عفا مجاناً فهو أفضل) لقوله تعالى : ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾ (٥) ، وقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللهِ ﴾ (٦) ، وكان النبي ﷺ يأمر به ، (ثم لا عقوبة على جان، لأنه إنما عليه حق واحد وقد سقط) كعفو عن دية قاتل خطأ . قال الشيخ تقي الدين : العدل نوعان ، أحدهما: هو الغاية ، وهو العدل بين الناس ، والثاني: ما يكون الإحسان أفضل منه ، وهو عدل الإنسان بينه وبين خصمه في الدم والمال والعرض ، فإن استيفاء حقه عدل والعفو إحسان والإحسان هنا أفضل ، لكن هذا الإحسان لا يكون إحساناً إلا بعد العدل وهو أن لا يحصل بالعفو ضرر ، فإذا حصل منه ضرر كان ظلماً من العافي لنفسه ، وأما لغيره فلا يشرع ، ومحله

---

(١) ، (٢) ، (٣) سورة البقرة ، الآية : ١٧٨ .

(٤) الحديث أخرجه البخاري في كتاب العلم ، باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب ، وأخرجه مسلم في كتاب الحج ، باب تحريم مكة .

(٥) سورة المائدة ، الآية : ٤٥ . (٦) سورة الشورى ، الآية : ٤٠ .

ما يكن لمجنون أو صغير فلا يصح العفو إلى غير مال، لأنه لا يملك إسقاط حقه، (وإن اختار الولي (القود أو عفا عن الدية فقط فله أخذها) أي الدية لما فيه من المصلحة له وللجاني ، وتكون بدلاً عن القصاص وليست التي وجبت بالقتل ، (ولو سخط الجاني) لأن الدية دون القصاص فكان له أن ينتقل إليها، لأنها أقل من حقه ، (وله) أي لمن وجب له القصاص (الصلح على أكثر منها) أي الدية (وتقدم في الصلح) موضحاً ، (ومتى اختار) الولي (الدية تعينت وسقط القود) قال أحمد : إذا أخذ الدية فقد عفا عن الدم، (ولا يملك طلبه) أي القود (بعد) أي بعد اختيار الدية، لأنه إذا أسقط لا يعود، (فإن قتله بعد ذلك) أي اختيار الدية (قتل به) لأنه عمد عدوان ، (وإن عفا مطلقاً) بأن لم يقيده بقود ولا دية فله الدية لانصراف العفو إلى القود، لأنه في مقابلة الانتقام والانتقام إنما يكون بالقتل ، (أو) عفا (على غير مال) بأن عفا على خمر ونحوه فله الدية ، (أو) عفا (على القود مطلقاً) بأن قال : عفوت عن القود ولم يقيده بشيء ، (ولو) كان العفو (عن يده) أي المجني عليه أو رجله ونحوهما ، (فله الدية) لانصراف العفو إلى القود كما تقدم ، (وإن قال) مستحق القود (لمن) له (عليه قود عفوت عن جنايتك ، أو) عفوت (عنك برى من الدية كالقود نصاً) لأن عفوه عن ذلك يتناولهما (وإذا جني عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجني عليه بأرش الجناية سقط القصاص) لأن شراءه بالأرش اختيار للمال ، (ولم يصح الشراء، لأنهما لم يعرفا قدر الأرش فالثمن مجهول) وشرط البيع معرفة الثمن ، (وإن عرفا عدد الإبل) أو البقر أو الغنم (أو أسنانها فصفتها مجهولة) وذلك ينافي صحة البيع ، (فإن قدر الأرش بذهب أو فضة فباعه به صح) البيع للعلم بالثمن ، (وتقدم أول الباب قبله عفو ولي المجنون والصغير ، ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص) لأنه ليس بمال ، (وإن أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه) ليأخذ الدية، لأنها غير معينة له، (وإن أحب) المفلس (العفو عنه إلى مال فله ذلك) كغير المفلس ، و(لا) يعفو (مجاناً) لأن المال واجب وليس له إسقاطه إذا قلنا : الواجب أحد شيئين ، وإن قلنا : الواجب القود عيناً صح عفوه عنه مجاناً، لأنه لم يجب إلا القود، وقد أسقطه هذا معنى كلامه في الكافي والشرح ، وفي المنتهى وغيره يصح عفوه مجاناً ، لأن الدية لم تتعين ، وقاله في المغني ، (وكذا) أي كالمفلس فيما تقدم من استيفاء القصاص والعفو على مال أو مجاناً (السفيه ووارث المفلس والمكاتب ، وكذا المريض فيما زاد على الثلث) والمذهب صحة العفو من هؤلاء مجاناً ، لأن الدية لم تتعين كما تقدم في المفلس (إن مات القاتل، أو قتل وجبت الدية في تركته) لأنه تعذر استيفاء القود من غير إسقاط

(كتعذره في طرفه) أي تعذر القود في طرف الجاني لقطع أو شلل ، (و) كـ (قتل غير المكافيء وإن لم يخف) الجاني (تركه سقط الحق) يعني لم تطالب به عاقلته، لأنها لا تحمل العمد المحض ، (وإن قطع) الجاني (أصبعاً عمداً فعفا) المجني عليه (عنه ثم سرت) الجناية (إلى الكف أو إلى النفس والعفو على مال أو على غير مال ، فله تمام دية ما سرت إليه) الجناية، لأن المجني عليه ، إنما عفا عن دية الأصبع فوجب أن يثبت له تمام الدية ضرورة كونه غير معفو عنه ، ولا قصاص لتعذره في النفس دون ما عفا عنه فسقط في النفس كما لو عفا بعض الأولياء ، (وإن كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفة فعفا) المجروح (عن القصاص ثم سرى إلى النفس فلوليه القصاص ، لأنه لا يصح العفو عن قود ما لا قود فيه) فلم يؤثر عفوه ، (وله) أي ولي المجروح (بعد السراية العفو عن القصاص ، وله) حينئذ (كمال الدية) كما لو لم يتقدمه عفو ، (وإن عفا) المجروح (عن دية الجرح صح) عفوه ، لأن الحق له ، وقد وجب بالجناية وقد أسقطه ، (وله) أي لورثته (بعد السراية دية النفس) قال في الشرح : إلا أرش الجرح ا هـ . لأن الجرح موجب ، وإنما سقط الوجوب بالعفو فيختص القود بمحل العفو ، (وإن عفا) ولي القود (مطلقاً) بأن قال : عفوت فقط ، فله الدية ، (أو عفا على القود مطلقاً) بأن قال : عفوت عن القود ، (فله الدية) لأن الواجب أحد شيئين ، فإذا سقط القود تعينت الدية، (وإن قال الجاني) لولي الجناية : (عفوت مطلقاً) أي عن القود والدية، (أو) قال الجاني : (عفوت عنها) أي الجناية ، (وعن سرايتها، قال) ولي الجناية : (بل عفوت إلى مال أو عفوت عنها) أي الجناية (دون سرايتها ، فالقول قول المجني عليه أو وليه) مع يمينه، لأن الأصل معه ، (وإن قتل الجاني العافي فيما إذا عفا على مال قبل البرء ، فالقود) أي لولي العافي القود، لأن قتله انفرد عن قطعه أشبه ما لو كان القاطع غيره ، (أو الدية كاملة) لأن القتل منفرد عن القطع فلم يدخل حكم أحدهما في الآخر ، ولأن القتل موجب له فأوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو ، وكذا لو كان العفو على غير مال كما يدل عليه كلامه في الشرح . قال : وسواء فيما ذكر كان العافي عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها ، (وإن وكل) مستحق القود (في قصاص ثم عفا) الموكل ، (ولم يعلم الوكيل حتى اقتص فلا شيء عليهما) أما الموكل ، فلأن العفو إحسان فلا يقتضي وجوب الضمان ، وأما الوكيل فلأنه لا تفريط منه كما لو عفا بعد ما رماه ، (وإن علم الوكيل) بعفو الموكل (فعليه القود) لأنه قتله ظلماً كما لو قتله ابتداء، (وإن عفا) المجروح (عن قاتله بعد الجرح صح سواء كان) العفو (بلفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غير ذلك) لأنه إسقاط للحق فصح بكل لفظ يؤدي معناه، (فإن

قال) ولي الجناية : (عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح) العفو ، لأنه إسقاط للحق بعد انعقاد سببه ، (ولم يضمن) الجاني (السراية) للعفو عنها ، (فإن كان) الجرح (عمداً لم يضمن) الجاني (شيئاً) ولم يعتبر خروج ذلك من الثلث ، لأن الواجب القود عيناً أو أحد شيئين فلم يتعين إسقاط أحدهما ، (وإن كان) الجرح (خطأ اعتبر خروجهما) أي الجناية وسرايتها (من الثلث) كالوصية ، (وإلا) أي وإن لم تخرج من الثلث (سقط عنه) أي الجاني (من ديتها) أي السراية (ما احتمله الثلث) كوصية ، (وإن أبرأه) أي أبرأ المجني عليه الجاني (من الدية أو وصي له بها فهو وصية لقاتل وتصح) لتأخرها عن الجناية بخلاف ما لو وصي له ثم قتله ، (وتقدم في الموصي له) مفصلاً ، (وتعتبر) البراءة من الدية أو الوصية بها للقاتل (من الثلث) كسائر العطايا في المرض والوصايا ، (وإن أبرأ) المجني عليه أو وارثه (القاتل من الدية الواجبة على عاقلته ، أو) أبرأ المجني عليه أو وارثه (العبد من الجناية المتعلق أرشها برقبته لم يصح) الإبراء ، لأنه أبرأه من حق على غيره ، لأن الدية الواجبة على العاقلة غير واجبة على القاتل ، والجناية المتعلق أرشها برقبة عبد غير واجبة عليه بل متعلقة بملك السيد ، (وإن أبرأ العاقلة أو) أبرأ (السيد صح) لأنه أبرأهما من حق عليهما كالدين الواجب عليهما ، (وإن وجب لعبد قصاص) في الطرف (أو تعزير قذف فله) أي العبد (طلبه والعفو عنه) لأنه مختص به، والقصد منه التشفي ، (وليس ذلك للسيد) لأنه ليس بحق له ، (إلا أن يموت العبد) فينتقل إليه وحينئذ فله طلبه وإسقاطه كالوارث ، (ومن صح عفوه مجاناً فإن أوجب الجرح مالاً عيناً) كالجائفة وجناية الخطأ (فكوصية) يعتبر من الثلث ، لأنه تبرع بمال ، (وإلا) أي وإن لم يوجب المال عيناً كالعمد المحض، (فمن رأس المال) لأن المال لم يتعين ، (ويصح قول مجروح) لجان (أبرأتك وحللتك من دمي أو قتلي أو وهبتك ذلك أو نحوه) كأنت في حل من دمي ، أو تصدقت به عليك (معلقاً) ذلك (بموته) بأن يقول : إن مت فأنت بريء من دمي أو وهبتك دمي إن مت ونحوه ، لأنه وصية وقد تقدم أنه يصح تعليقها ، (فلو بريء) المجني عليه من الجناية (بقي حقه) فيطالب به لعدم ما يسقطه (بخلاف عفوت عنه ونحوه) كأبرأتك من دمي فإنه يبرأ مطلقاً بريء أو عوفي لأنه إبراء منجز ا هـ .



باب ما يوجب قصاصاً فيما دون النفس من الأطراف والجراح

والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ إلى قوله : ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [1] ، وقوله ﷺ في حديث أنسٍ في قصّة الرُّبيع عمّته لّما كَسَرَتْ ثَنِيَّةَ جَارِيَةٍ وَطَلَبُوا الْعَفْوَ فَأَبَوْا وَعَرَضُوا الأَرْشَ ، فَأَبَوْا ، فقال النبي ﷺ : كِتَابُ اللهِ القِصَاصُ » [2] متفق عليه . وأجمعوا على وجوب القصاص فيما دون النفس إذا أمكن ؛ لأن ما دون النفس كالنفس في الحاجة إلى حفظه بالقصاص ، فكان كالنفس في وجوبه (كل من أقيد بغيره في النفس أقيد به فيما دونها من حر وعبد) لأن من أقيد به في النفس إنما أقيد به لحصول المساواة المعتبرة للقود ، فوجب أن يقاد به فيما دونها ، فلو قطع مسلم يد مسلم قطعت يده ، لأنه يقاد به في النفس ، (ومن لا يجري القصاص بينهما في النفس لا يجري بينهما في الطرف كالأب مع ابنه) وكـ (الحر مع العبد ، و) كـ(المسلم مع الكافر) فلا تقطع يد الأب بيد ابنه ، ولا يد الحر بيد العبد ، ولا يد المسلم بيد الكافر ، لأنه لا يقاد به في النفس ، (ولا يجب) القصاص فيما دون النفس (إلا بما يوجب القود في النفس وهو العمد المحض ، فلا قود في شبه العمد) خلافاً لأبي بكر وابن أبي موسى ، (ولا) قود في (خطأ) قال في المبدع إجماعاً والآية مخصوصة بهما، (وهو) أي ما دون النفس (نوعان : أحدهما الأطراف) لما ذكرنا (فتؤخذ العين) بالعين اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى ، (و) يؤخذ (الأنف) بالأنف ، (و) يؤخذ (الحاجز وهو وتر الأنف) بمثله ، (و) يؤخذ (الأذن) بالأذن ، (و) يؤخذ (السن) بالسن (والجفن) بالجفن بفتح الجيم ، وحكى ابن سيده كسرها ، (والشفة) بمثلها ، (واليد والرجل واللسان والأصبع والكتف والمرفق والذكر والخصية والإلية وشفر المرأة بمثله) لأن المماثلة موجودة والقصاص ممكن فوجب إلحاقاً لغير المنصوص عليه من ذلك بالمنصوص والشفر بضم الشين أحد شفري المرأة ، فأما شفر العين فهو منبت الهدب ، وقد حكى فيه الفتح .



(١) سورة المائدة ، الآية : ٤٥ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري في كتاب التفسير ، باب قوله : والجروح قصاص ، وأخرجه مسلم في كتاب القسامة ، باب إثبات القصاص في الأسنان وما في معناها، راجع اللؤلؤ والمرجان (١٠٩٠).

(فصل في شروط القصاص في الأطراف)[1]

ويشترط للقصاص في الأطراف ثلاثة شروط :

أحدها : إمكان الاستيفاء بلا حيف ، لأن الحيف جور وظلم ، وإذا لم يمكن القصاص إلا به لم يجز فعله ، (وأما الأمن من الحيف فشرط لجواز الاستيفاء) مع أنه في نفس الأمر واجب ، إذ لا مانع منه لوجود شرطه وهو العدوان على من يكافئه عمداً مع المساواة في الاسم والصحة والكمال، لكن الاستيفاء غير ممكن، لخوف العدوان على الجاني وفائدة ذلك أنا إذا قلنا : أنه شرط للوجوب تعينت الدية إذا لم يوجد الشرط ، وإن قلنا : إنه شرط للاستيفاء دون الوجوب انبنى على أصل وهو أن الواجب ماذا ؟ فإن قلنا : القصاص عيناً لم يجب بذلك شيء ، إلا أن المجني عليه إذا عفا يكون قد عفا عمن يحصل له ثوابه ، وإن قلنا : موجب العمد أحد شيئين انتقل الوجوب إلى الدية كغيره وإمكان الاستيفاء بلا حيف (بأن يكون القطع من مفصل) لأن المماثلة في غير ذلك غير ممكنة ولا يؤمن أن يستوفي أكثر من الحق ، (أو) يكون القطع (له حد ينتهي) القطع (إليه كمارن الأنف وهو مالان منه ، وهو الذي يجب فيه القصاص أو الدية دون القصبة) لأن لذلك حداً ينتهي إليه أشبه اليد ، (فإن قطع القصبة) أي قصبة الأنف ، (أو قطع من نصف كل من الساعد أو الكف أو الساق أو العضد أو الورك أو قطع يده من الكوع ، ثم تأكلت إلى نصف الذراع فلا قصاص وله الدية) لخبر : « أَنَّ رَجُلاً ضَرَبَ رَجُلاً عَلَى سَاعِده بِالسَّيْفِ فَقَطَعَهَا مِنْ غَيْرِ مفصَلٍ فَاسْتَعْدِيَ عَلَيْهِ النَّبِيَّ ﷺ فَأَمَرَ لَهُ بِالدِّيَةِ ، فَقَالَ : إِنِّي أُرِيدُ الْقِصَاصَ ، قَالَ : خُذِ الدِّيَةَ بَارَكَ اللهُ لَكَ فِيهَا »[2] رواه ابن ماجة . ولأن القطع ليس من مفصل فلا يؤمن فيه من الحيف ، (ولا أرش للباقي) أي لا يجب سوى دية يد أو رجل لئلا يجمع في عضو واحد بين دية وحكومة ، (ولا قود في اللطمة ونحوها) لأن المماثلة فيها غير ممكنة ، (ويؤخذ الأنف الكبير بـ) الأنف (الصغير) لمساواته له في الاسم ، (و) يؤخذ (الأنف الأقنى بالأفطس والأشم بالأخشم الذي لا شم له) لأن عدم الشم لعلة في الدماغ ونفس الأنف صحيح ، فوجب أخذ الأشم به لأنه مثله ، (و) يؤخذ الأنف (الصحيح بـ) الأنف (الأجذم) لأنه مثله (ما لم يسقط منه) أي الأجذم (شيئاً إلا أن يكون) الساقط (من أحد جانبيه فيؤخذ من الصحيح مثل ما بقي منه) أي الأجذم ، (أو يأخذ أرش ذلك فلا يشترط) لوجوب

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس في جميع النسخ .

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن : ٢/ ٨٨٠ ، كتاب الديات ، باب ما لا قود فيه ، الحديث (٢٦٣٦) ، وفي الزوائد في إسناده دهثم بن قُرَّان اليماني ضعفه أبو داود ، وقال : ليس لجارية عند المصنف سوى هذا الحديث وليس له شيء في بقية الكتب .

القصاص (التساوي في الصغر والكبر والصحة والمرض في العين والأذن ونحوهما ، فتقلع عين الشاب بعين الشيخ المريضة ، و) تقلع (عين الكبير بعين الصغير ، و) تقلع العين الصحيحة بعين (الأعمش) لأن التفاوت في الصفة لا يمنع القصاص ، (لكن إن كان) الجاني (قلع عينه بأصبعه لا يجوز) للمجني عليه (أن يقتص بأصبعه ، لأنه لا يمكن المماثلة فيه ولا تؤخذ) العين (الصحيحة بالقائمة) وهي صحيحة في موضعها ، وإنما ذهب نورها وإبصارها لانتفاء استوائهما في الصحة ، (وتؤخذ) العين (القائمة بالصحيحة) لأنها دون حقه ، (ولا أرش لها معها) لعدم التفاوت (كما يأتي وتؤخذ أذن السميع بمثلها) أي بأذن سميع للمماثلة ، (و) تؤخذ أذن السميع (بأذن الأصم) لأن العضو صحيح ومقصوده الجمال وذهاب السمع لعلة في الرأس ، لأنه محله وليس بنقص في الأذن (تؤخذ أذن الأصم بكل واحدة منهما) أي من أذن السميع والأصم ، (وتؤخذ) الأذن (الصحيحة بـ) الأذن (المثقوبة) لأنه ليس بنقص في الأذن ، وإنما يفعل في العادة للقرط والتزين به ، (فإن كان الثقب في غير محله أو كانت) الأذن (مخرومة أخذت بالصحيحة) لأنه رضي بدون حقه ، (ولم تؤخذ) الأذن (الصحيحة بها) أي بالمثقوبة في غير محل الثقب أو بالمخرومة ، لأنه عيب فتفوت المساواة ، (ويخير المجني عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص وبين أن يقتص فيما سوى العيب ويتركه من أذن الجاني ، ويجب له في قدر النقص حكومة ، وإن قطع) الجاني (بعض أذنه فله أن يقتص من أذن الجاني بقدر ما قطع من أذنه ويقدر ذلك بالأجزاء) كالنصف والثلث والربع ، و(لا) يؤخذ (بالمساحة) لأنه قد يفضي إلى أخذ جميع أذن الجاني لصغره ببعض أذن المجني عليه لكبره ، وكذا أنف ولسان وشفة ، (ومن قطع طرفه من أذن أو غيرها فرده فالتحم) بحرارة الدم ، (وثبت فلا قصاص) في ذلك القطع ، لأنها لم تبن على الدوام فلا يستحق إبانه أذن الجاني دواماً ، (ولا دية) لأنه لم يفت بالكلية (ولا أرش نقصه خاصة نصاً) قاله في شرح المنتهى ، وذلك حكومة لأنها أرش كل نقصان حصل بالجناية ، (وإن سقط) ما كان رده والتحم (بعد ذلك) بغير جناية (قريباً أو بعيداً فله القصاص ويرد ما أخذه) من الأرش، لأن ذلك الالتحام كعدمه، (وإن قطع بعض الطرف فالتصق فله أرش الجرح ولا قصاص) كما تقدم في الأذن ، (ومن قطعت أذنه ونحوها) كما رنه (قصاصاً فألصقها فالتصقت فطلب المجني عليه إبانتها لم يكن له ذلك) لأنه استوفى القصاص ، قطع به في المغني والشرح ، والمنصوص أنه يقاد ثانياً ، اقتصر عليه في الفروع ، وقدمه في المحرر وغيره . قال في الإنصاف في ديات الأعضاء ومنافعها أقيد ثانية على الصحيح من المذهب ، وقطع به في التنقيح هناك وتبعه في المنتهى . قال في شرحه : للمجني عليه إبانته ثانياً ، نص عليه، لأنه أبان عضواً من

غيره دواماً ، فوجبت إبانته منه دواماً لتحقق المقاصة ، (فإن كان المجني عليه لم يقطع جميع الطرف ، وإنما قطع بعضه فالتصق فللمجني عليه قطع جميعه) ليستوفي تمام حقه (والحكم في السن) إذا قلعها ثم أعيدت ، (كالحكم في الأذن) على ما سبق من التفصيل ، (وتؤخذ السن ربطها بذهب أولاً بالسن) لقوله تعالى: ﴿ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ ﴾[1] (الثنية بالثنية والناب بالناب والضاحك بالضاحك والضرس بالضرس ، الأعلى بالأعلى والأسفل بالأسفل) لأن المماثلة موجودة في ذلك كله (ممن قد أثغر أي سقطت رواضعه ثم نبتت) قال في حاشيته : يقال : ثغر الصبي بضم الثاء وكسر الغين يثغر بضم الياء وفتح الغين فهو مثغور إذا سقطت رواضعه ، فإذا نبتت قيل : اتغر بتاء مثناة من فوق مشددة على مثال اتزر قلبت الثاء تاء ثم أدغمت ، (وإن كسر) الجاني (بعضها) أي السن (يرد من سن الجاني مثله) أي مثل ما كسره (إذا أمن قلعها وسوادها) لإمكان الاستيفاء بلا حيف ، فإن لم يأمن ذلك سقط القصاص ، (فإن لم يكن) المجني على سنه (أثغر لم يقتص) له (من الجاني في الحال ، لأنه) يرجى عوده ، و(لا قود ولا دية لما رجى عوده من عين) كسن (أو منفعة) كعدو (في مدة تقولها أهل الخبرة) لأنه لا يمكن عوده ، فلا يجب فيه شيء وتسقط المطالبة به فوجب تأخيره ، (فإن عاد مثلها) أي السن ونحوها والمنفعة كالعدو (في موضعها على صفتها) أي الذاهبة ، (فلا شيء عليه) أي الجاني ، لأن المتلف عاد فلم يجب به شيء كما لو قطع شعره وعاد ، (وإن عادت) السن (مائلة أو متغيرة عن صفتها فعليه حكومة) لأنه نقص حصل بفعله ، فوجب عليه ضمانه ، (وإن عادت) السن (قصيرة ضمن ما نقص) منها (بالحساب ففي ثلثها ثلث ديتها) كما لو كسر ثلثها جزم به في الشرح ، وقال في المنتهى : وإن عاد ناقصاً في قدر أو صفة فحكومة ، كما قال في شرحه : كما لو ضربه فانكسر بعضه أو اسود ، (وإن عادت) السن (والدم يسيل ففيها حكومة) لما نقصته بسبب استدامة سيلان الدم، لحصوله بجنايته ، (وإن مضى زمن يمكن عودها) أي السن الذاهبة ونحوها (فيه ، فلم تعد وأيس من عودها بقول أهل العلم بالطب خير المجني عليه بين القصاص والدية) كسائر الجنايات العمد المحض ، (فإن مات المجني عليه) في المدة التي قال أهل الخبرة : أنه يعود فيها (قبل الإياس من عودها فلا قصاص) لأن الاستحقاق له غير محقق فيكون ذلك شبهة في درء القود ، (وتجب الدية) لأنه لا يتأتى العود بعد موته ، (وإن) قلع الجاني (له سناً زائداً قلع) المجني عليه (له) سناً (مثلها إن كان) له سن مثلها للمساواة ، (أو حكومة) إن اختار عدم القصاص إذن ، (فإن لم يكن له) أي

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ٤٥ .

الجاني سن (زائد فحكومة) لتعذر القصاص ، (وإن قلع) الجاني (سناً فاقتص منه ، ثم عادت سن المجني عليه فقلعها الجاني فلا شيء عليه) أي لا قصاص ولا دية ، لأن سن المجني عليه لما عادت وجب للجاني عليه دية سنه ، فلما قلعها وجب على الجاني ديتها للمجني عليه ، فقد وجب لكل منهما دية فيتقاصان ، (ويؤخذ كل من جفن البصير والضرير بالآخر) أي يؤخذ جفن البصير بجفن الضرير وجفن الضرير بجفن البصير للمساواة وعدم البصر نقص في غيره ، ويؤخذ جفن البصير بجفن البصير وجفن الضرير (بمثله) للمماثلة ، (وإن قطع) الجاني (الأصابع الخمس من مفاصلها فله) أي المجني عليه (القود) لأن القطع من مفصل فأمن الحيف موجود ، (وإن قطعها) أي الأصابع (من الكوع فله القود منه) أي الكوع للمماثلة ، (فإن أراد) المجني عليه (قطع الأصابع فقط فليس له ذلك) لأن للجناية عليه محلاً يمكن الاقتصاص منه ، وهو مفصل الكوع فلا يقتص من غيره لاعتبار المساواة في المحل ، حيث لا مانع ، (وإن قطع) الجاني (من المرفق ، فله) أي المجني عليه (القصاص منه) أي من المرفق لإمكان المماثلة ، (فإن أراد القود من الكوع منع) لما سبق ، (وإن قطع) الجاني (من الكتف أو خلع عظم المنكب ، ويقال له : مشط الكتف فله القود إذا لم يخف جائفة) بلا نزاع ذكره في شرح المغني ، (فإن خيف) إن اقتص من منكب جائفه وهي الجرح الذي يصل إلى الجوف فيفسد بدخول الهواء فيه ، (فله) أي المجني عليه (أن يقتص من مرفقه) لأنه أخذ ما أمكن من حقه ، (ومتى خالف واقتص مع خشية الحيف) من منكب أو نحوه ، (أو) اقتص (من مأمومة ، أو) من (جائفة أو من نصف الذراع ونحوه) كالساعد والساق (أجزأ) أي وقع الموقع ولا شيء عليه ، لأنه فعل كما فعل به ، (والرجل كاليد فيما تقدم) من التفصيل ، (ويؤخذ الذكر بالذكر ، وسواء في ذلك ذكر الصغير والكبير والذكر الصغير والكبير والطويل والقصير والصحيح والمريض) لأن ما وجب فيه القصاص من الأطراف لا يختلف بهذه المعاني كذلك الذكر ، (والمختون والأقلف) للمساواة في الاسم والقلفة في زيادة تستحق إزالتها ، (ويؤخذ ذكر الخصي) بذكر الخصي ، (و) ذكر (العنين بمثله) لحصول المساواة ، لا ذكر فحل بذكر خصي أو عنين ، لأنه لا منفعة فيهما ، (وتؤخذ الأنثيان بالأنثيين) لقوله تعالى : ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ ، (فإن قطع إحداهما) أي الأنثيين (فقال أهل الخبرة) بالطب (أنه يمكن أخذها مع سلامة الأخرى جاز القود) لعدم المانع ، (وإلا فلا) يجوز القود لما فيه من الحيف ، (وله نصف الدية وإن قطع) الجاني (ذكر خنثى مشكل ، أو) قطع (أنثيه ، أو) قطع (شفريه لم يجب القصاص) لأنا لا نعلم أن المقطوع فرج أصلي ، (ويقف

الأمر حتى يتبين أمره) أي الخنثى فتتضح ذكورته أو أنوثيته ، (وإن اختار) الخنثى (الدية وكان يرجى انكشاف حاله) بأن كان غير بالغ (أعطى اليقين) لأن ما زاد عليه مشكوك فيه فلا نوجبه بالشك ، (وهو) أي اليقين (الحكومة في المقطوع) من الذكر أو الأنثيين أو الشفرين لاحتمال الزيادة ، (وإن كان) الجاني (قد قطع جميعها) أي الذكر والأنثيين والشفرين ، (فله) أي الخنثى (دية امرأة في الشفرين وحكومة في الذكر والأنثيين) لأن أقل أحواله أن يكون أنثى ، (وإن يئس من انكشاف حاله) بأن بلغ ولم يتضح (أعطى نصف دية الذكر والأنثيين ونصف دية الشفرين وحكومة في نصف ذلك كله) كما في ديته لو قتل وميراثه ، (وإن أوضح) الجاني (إنساناً فذهب ضوء عينه، أو) ذهب (سمعه أو شمه فإنه يوضحه) كما فعل به، لأنه جرح يمكن القود منه من غير حيف، لأنه له حداً ينتهي إليه ، (فإن ذهب) ذلك فقد استوفى حقه ، (وإلا) أي وإن لم يذهب (استعمل ما يذهبه من غير أن يجني على حدقته أو أذنه أو أنفه) لأنه يستوفي حقه من غير زيادة فيطرح في العين كافوراً أو يقرب منه مرآة أو يحمي له حديدة أو مرآة ثم يقطر عليها ماء ثم يقطر منه في العين ليذهب بصرها ، (فإن لم يمكن) استعمال ما يذهب ضوء البصر أو السمع أو الشم من غير جناية على العضو (سقط القود إلى الدية) لتعذر الاستيفاء بلا حيف ، (وإن أذهب ذلك) أي ضوء البصر أو السمع أو اشم (بشجة لا قود فيها مثل أن تكون دون الموضحة أو لطمه فأذهب ذلك) أي بصره أو سمعه أو شمه (لم يجز أن يفعل به كما فعل) لأن المماثلة فيها غير ممكنة ، (لكن يعالج بما يذهب ذلك) أي البصر والسمع والشم ، (فإن لم يذهب سقط القود إلى الدية) لتعذر الاستيفاء بلا حيف ، وقال القاضي : له أن يلطمه مثل لطمته ، فإن ذهب ضوء عينه وإلا أذهبه بما ذكر . قال في الشرح والمبدع : ولا يصح هذا ، لأن اللطمة لا يقتص منها منفردة ، فكذا إذا سرت إلى العين كالشجة دون الموضحة . انتهى . وكلامه في التنقيح والمنتهى يوهم القصاص فيهما ، وصرح به شارح المنتهى ، (وإن لطم) الجاني (عينه فذهب بصرها أو ابيضت وشخصت، عولجت عين الجاني حتى تصير كذلك بدواء أو بمرآة ومحمية ونحوها تقرب إلى عينه حتى يذهب بصرها بعد تغطية عينه الأخرى بقطن ونحوه) لئلا يذهب ضوؤها ، (وإن وضع فيها) أي عين الجاني (كافوراً ، فذهب ضوؤها من غير أن يجني على الحدقة جاز) لحصول الاستيفاء من غير جناية على الحدقة ، (وإن لم يمكن إلا ذهاب بعض ذلك مثل أن يذهب بصرها دون أن تبيض وتشخص ، فعليه حكومة في الذي لم يمكن القصاص منه) لتعذر القصاص فيه .

فصـــل

الشرط الثاني : المماثلة في الاسم والموضع قياساً على النفس ، ولأن القصاص يعتقد المماثلة ، ولأن القصاص يعتمد المماثلة ، ولأنها جوارح مختلفة المنافع والأماكن ، فلم يؤخذ بعضها ببعض كالعين بالأنف ، (فتؤخذ اليمين باليمين ، و) تؤخذ (اليسار باليسار من كل ما انقسم إلى يمين ويسار من يد ورجل وأذن ومنخر وثدي وألية وخصية وشفر) وتؤخذ (العليا بالعليا والسفلى بالسفلى من شفة وجفن وأنملة ، فلا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين ولا سفلى بعليا ولا عليا بسفلى) لعدم المساواة في الموضع ، (وتؤخذ الأصبع) بمثلها ، (و) تؤخذ (السن) بمثلها ، (و) تؤخذ (الأنملة بمثلها في الاسم والموضع) دون ما خالفها في ذلك ، (ولو قطع أنملة رجل عليا وقطع) أيضاً الأنملة (الوسطى من تلك والأصبع من) رجل (آخر ليس له عليا فصاحب) الأنملة (الوسطى مخير بين أخذ عقل أنملته الآن ، ولا قصاص له بعد) ذلك ولو ذهبت الأنملة العليا، لأن أخذ عقلها عفو عن القصاص ، (وبين أن يصبر حتى تذهب عليا قاطع بقود أو غيره ثم يقتص من الوسطى) لأنه لا يمكن القصاص في الحال لما فيه من الحيف وأخذ الزيادة على الواجب ولا سبيل إلى تأخير حقه حتى يتمكن من القصاص لما فيه من الضرورة فوجبت الخيرة بين الأمرين ، (ولا أرش له) أي لصاحب الوسطى (الآن) إذا اختار الصبر حتى تذهب عليا قاطع (لـ) أجل (الحيلولة) بخلاف غصب مال لسد مال مسد مال كما تقدم ، (وإن قطع) من قطع أنملة من رجل والوسطى من آخر من أصبع نظيرتها (من ثالث) الأنملة (السفلى فللأول أن يقتص من العليا ، ثم للثاني أن يقتص من الوسطى ثم للثالث أن يقتص من السفلى ، سواء جاءوا معاً أو واحداً بعد واحد) لأن كلاً يستوفي حقه من غير حيف ، (فإن جاء صاحب الوسطى ، أو) صاحب (السفلى بطلب القصاص قبل صاحب العليا لم يجب إليه) بالبناء للمفعول أي لم تجز إجابته إلى ما طلبه من القصاص لما فيه من الحيف ، (ويخيران) أي صاحب السفلى والوسطى (بين أن يرضيا بالعقل) أي دية الأنملتين (أو الصبر حتى يقتص الأول) ولا أرش كما تقدم ، (وإن عفا) أي صاحب العليا (فلا قصاص لهما) أي لصاحب الوسطى والسفلى في الحال ، ويخيران كما سبق ، (وإن اقتص) صاحب العليا (فللثاني) وهو صاحب الوسطى (الاقتصاص) لأنه تمكن من الاستيفاء بغير حيف ، (وحكم الثالث) صاحب السفلى (مع الثاني) صاحب الوسطى (حكم الثاني مع الأول) صاحب العليا ، فإن اقتص من الوسطى جاز للثالث أن يقتص من السفلى ،

وإلا فلا ، ما لم تذهب الوسطى قبل أن يأخذ الثالث عقل السفلى ، (فإن قطع صاحب الوسطى الوسطى والعليا فعليه دية العليا) لأنها زائدة عن حقه ولا قصاص عليه ، لأن له شبهة في قطع الوسطى فدريء لها القصاص (تدفع) دية العليا (إلى صاحب العليا) أي إلى الجاني ليدفعها لصاحب العليا أو يدفع له من ماله نظيرها ، هذا مقتضى القواعد والله أعلم .

(وإن قطع) صاحب الوسطى (الأصبع كلها فعليه القصاص في الأنملة السفلى) لأنه لا شبهة له في قطعها ، (وعليه أرش العليا للأول) على ما تقدم ، (وأرش السفلى على الجانى لصاحبها) لتعذر القصاص عليه ، (وإن عفا الجاني عن قصاصها) أي السفلى (وجب أرشها) أي السفلى (بدفعه إليه ليدفعه إلى المجني عليه) بقطع أنملته السفلى ، (وإن قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملتي آخر العليا والوسطى من تلك الأصبع ، فللأولى قطع العليا) لسبقه (ثم يقطع الثاني الوسطى) لأنه لا معارض له فيها ، (ويأخذ أرش العليا من الجاني) لتعذر القصاص عليه بفواتها كما لو سقطت بتآكل أو غيره ، (وإن بادر الثاني فقطع الأنملتين فقد استوفى حقه) لأنه مجني عليه فيهما ، وإنما استحق الأول التقديم لسبقه ، (وللأول الأرش) أي دية الأنملة (على الجاني) لتعذر القصاص فيها ، (وإن كان قطع الأنملتين أو لا قدم صاحبهما في القصاص) لسبقه ، (ولصاحب العليا أرشها) لفوات القصاص ، (فإن بادر صاحبها) أي العليا (فقطعها ، فقد استوفى حقه ثم تقطع الوسطى للأول ويأخذ) الأول (أرش العليا) كما تقدم ، (ولو قطع أنملة رجل العليا ولم يكن للقاطع أنملة) عليا نظيرتها ، (فاستوفى) المجني عليه من (الجاني من الوسطى ، فإن عفا) صاحب الوسطى (إلى الدية تقاصا وتساقطا) لأنه قد وجب لكل منهما على الآخر مثل ما وجب له ، (وإن اختار الجاني) القصاص من المجني عليه من الوسطى ، (فله ذلك) أي القصاص ، (ويدفع أرش العليا) أي ديتها . قال في الشرح : ويجيء على قول أبي بكر أنه لا يجب القصاص ، لأن ديتهما واحدة ، واسم الأنملة يشملهما فتساقطا كقوله في إحدى اليدين بدلاً عن الأخرى ، (ولا تؤخذ أصلية بزائدة) لأن الزائدة دونها ، (ولا زائدة بأصلية) لأنها لا تماثلها ، (ويؤخذ زائد بمثله موضعاً وخلقة ولو تفاوتا قدراً) كالأصلي بالأصلي إذا اتفقا في الموضع والخلقة واختلفا في القدر ، (فإن اختلفا) أي الزائدان (في غير القدر) بأن اختلفا في الموضع أو الخلقة (لم يؤخذ) أحدهما بالآخر ، (ولو بتراضيهما) لما يأتي ، (فإن لم يكن للجاني زائداً يؤخذ) بما جنى عليه (فحكومة) لتعذر القصاص ، (تؤخذ) يد أو رجل (كاملة الأصابع) بيد أو رجل (زائدة أصبعاً) لأن الزيادة عيب ونقص في المعنى فلم

يمنع وجودها القصاص كالسلعة ، (وإن تراضيا على أخذ الأصلية بالزائدة ، أو) على (عكسه) كأخذ الزائدة بالأصلية ، (أو تراضيا) على أخذ (خنصر ببنصر ، أو) على (أخذ شيء من ذلك) المذكور (بما يخالفه) في الاسم أو الموضع (لم يجز، لأن الدماء لا تستباح بالإباحة والبدل ، فلا يحل لأحد قتل نفسه ولا قطع طرفه ، ولا يحل لغيره) ذلك (ببذله) أي بإباحته له لحق (الله تعالى) فإن فعلا (فقطع يسار جان من له قود في يمينه) بتراضيهما (أو عكسه) بأن قطع يمين جان من له قود يساره (بتراضيهما) أجزأت وسقط القود ، لأن القود سقط في الأولى بإسقاط صاحبها ، وفي الثانية بإذن صاحبها في قطعها وديتها مساوية ، قاله أبو بكر ، (أو قطعها) أي اليسار من له قود اليمين أو بالعكس (تعدياً) أجزأ ولا قود ، لأنهما متساويتان في الدية والألم والاسم فتساقطا ، ولأن إيجاب القود يفضي إلى قطع يد كل منهما وإذهاب منفعة الجنس ، وكل من القطعين مضمون بسرايته ، لأنه عدوان ، (أو) قطع خنصراً (ببنصر) أجزأت ولا ضمان لما سبق ، (أو قال) المجني عليه للجاني : (اخرج يمينك فأخرج يساره عمداً أو غلطاً أو ظناً أنها تجزي فقطعها أجزأت على كل حال) قال في الإنصاف : وهذا المذهب (ولم يبق قود ولا ضمان) كقطع يسار السارق بدل يمينه (حتى ولو كان أحدهما) أي الجاني والمجني عليه (مجنوناً ، لأنه لا يزيد على التعدي) بخلاف ما إذا قطع يد إنسان وهو ساكت ، لأنه لم يوجد منه البذل ، وقد أشرت في الحاشية إلى ما في كلام المصنف والمنتهى بما يغني عن الإعادة .



فصــل

الشرط الثالث : استواؤهما أي الطرفان (في الصحة والكمال) لأن القصاص يعتمد المماثلة ، (فلا تؤخذ صحيحة) من يد أو غيرها (بشلاء) لأنه لا نفع فيما سوى الجمال ، فلا تؤخذ بما فيه نفع ، (ولا) تؤخذ (كاملة الأصابع) من يد أو رجل (بناقصة) الأصابع ، فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أقل من ذلك لم يجز القصاص، لأنها فوق حقه، وهل له أن يقطع من أصابع الجاني بعدد أصابعه فيه وجهان؟ قاله في المبدع ، (ولا) تؤخذ يد أو رجل (ذات أظفار بما لا أظفار لها) لزيادتها على حقه ، (ولا بناقصة الأظفار ، رضي الجاني) بذلك (أو لا) لما تقدم من أن الدماء لا تستباح بالإباحة ، (فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع) أصابع فأقل ، (أو قطع مَن له أربع) أصابع (يد من له ثلاث) أصابع فأقل ، فلا قصاص لعدم المساواة ، (أو قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها أصبع شلاء فلا قصاص) لعدم المساواة ، (وإن كانت

المقطوعة) من يد أو رجل (ذات أظفار إلا أنها) أي الأظفار (خضراء أو مستحشفة) أي رديئة (أخذت بها السليمة) كما يؤخذ الصحيح بالمريض ، (ولا يؤخذ لسان ناطق) بلسان (أخرس) لنقصه ، (ولا) يؤخذ (ذكر صحيح بأشل ، ولا ذكر فحل بذكر خصي أو عنين) لأنه لا نفع فيهما ، لأن الخصي لا يولد له ، ولا ينزل ولا يكاد العنين أن يقدر على الوطء فهما كالأشل ، (ويؤخذ مارن الأشم الصحيح بمارن الأخشم) إذ لا يجد رائحة شيء ، لعدم الشم لعلة في الدماغ ، ونفس الأنف صحيح فوجب أخذ الأخشم به ، لأنه مثله ، (و) يؤخذ مارن الصحيح بـ (المجذوم وهو المقطوع وتر أنفه، و) بـ (المستحشف وهو الرديء) لأن ذلك مرض، ولأنه لا يقوم مقام الصحيحح ، (و) تؤخذ (أذن سميع صحيحة بأذن أصم شلاء) لأن العضو صحيح ومقصوده الجمال لا السمع ، وذهاب السمع لنقص في الرأس لأنه محله ، وليس بنقص في الأذن ، (ويؤخذ معيب من ذلك) المذكور (كله بصحيح) لأنه رضي بدون حقه كما رضي المسلم بالقود من الذمي والحر من العبد ، (و) يؤخذ معيب من ذلك كله (بمثله) لحصول المساواة ، (فتؤخذ الشلاء) من يد أو نحوها (بالشلاء إذا أمن من قطع الشلاء التلف) بأن يسأل أهل الخبرة ، فإن قالوا : إنها إذا قطعت لم تفسد العروق ولم يدخل الهواء ، أجيب إلى ذلك ، وإن قالوا : يدخل الهواء في البدن فيفسد ، سقط القصاص ، (وتؤخذ الناقصة بالناقصة إذا تساوتا فيه) أي في النقص (بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه) لحصول المماثلة ، (فإن اختلفا) في النقص ، (فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام ، و) المقطوع (من الأخرى أصبع غيرها) كالسبابة (لم يجز القصاص) لعدم المساواة ، (ولا يجب له) أي المجني عليه (إذا أخذ المعيب بالصحيح ، و) أخذ (الناقص بالزائد مع ذلك) الأخذ (أرش) لأن الأشل كالصحيح في الخلقة ، وإنما نقص في الصفة ، ولأن الفعل الواحد لا يوجب مالاً وقوداً ، (وإن اختلفا) أي الجاني وولي الجناية (في شلل العضو وصحته) بأن قال الجاني : كان أشكل ، وأنكره ولي الجناية ، (فالقول قول ولي الجناية مع يمينه) وكذا لو اختلفا في نقص العضو بغير شلل ، لأن الظاهر السلامة ، (وظفر كسن في انقلاع ، و) في (عود) على ما سبق تفصيله ، (وإن قطع) الجاني (بعض لسان ، أو) بعض (شفة ، أو) بعض (حشفة ، أو) بعض (ذكر ، أو) بعض (أذن قدر بالأجزاء كنصف وثلث وربع وأخذ منه مثل ذلك) لقوله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [1] ، ولأنه يؤخذ

---

(١) سورة المائدة ، الآية : ٤٥ .

جميعه بجميعه ، فأخذ بعضه ببعضه ، و(لا) يؤخذ (بالمساحة) لئلا يفضي إلى أخذ جميع عضو الجاني ببعض عضو المجني عليه .



فصل

النوع الثاني : الجراح للآية والخبر (فيقتص في كل جرح ينتهي إلى عظم كالموضحة في الوجه والرأس وجرح العضد والساعد والفخذ والساق والقدم) لأنه يمكن استيفاؤه من غير حيف ولا زيادة ، لانتهائه إلى أعظم أشبه قطع الكف من الكوع ، ولأن الله نص على القصاص في الجروح ، فلو لم يجب في كل جرح ينتهي إلى عظم سقط حكم الآية، (ولا يستوفي القصاص فيما دون النفس بالسيف) فوق التعدي ، (ولا) يستوفي (بآلة يخشى منها الزيادة) لأنها عدوان ، (وسواء كان الجرح بها) أي بالآلة التي يخشى منها الزيادة (أو بغيرها) لحديث : « إنَّ اللهَ كَتَبَ الإحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ » ، (فإن كان الجرح موضحة أو ما أشبهها ، و) أنه يستوفي (بالموسى أو حديدة ماضية معدة) لذلك لا يخشى منها الزيادة ، (ولا يستوفى) ذلك (إلا من له علم بذلك كالجرائحي ومن أشبهه) ممن له خبرة بذلك ، (فإن لم يكن للولي علم بذلك أمره بالاستنابة) لأنه أحد نوعي القصاص كالنفس ، (ولا يقتص في غير ذلك) أي في غير جرح ينتهي إلى عظم (من الشجاج والجرح كما دون الموضحة) كالباضعة ، (أو أعظم منها) أي الموضحة (كالهاشمة والمنقلة والمأمومة) وأم الدماغ ، لأنه ليس له حد ينتهي إليه ، ولا يمكن الاستيفاء من غير حيف ، (وله أن يقتص فيهن) أي في الهاشمة وما بعدها (موضحة) لأنه يقتص على بعض حقه ويقتص من محل جنايته ، فإنه إنما وضع السكين في موضع وضعها الجاني فيه ، لأن سكين الجاني وصلت العظم ثم تجاوزته ، بخلاف قاطع الساعد ، فإنه لا يضع سكينه في الكوع ، (ويجب له) إذا اقتص موضحة والجناية فوقها (ما بين دية الموضحة ودية تلك الشجة) لأنه تعذر فيه القصاص فوجب الأرش ، كما لو تعذر في جميعها وفارق الشلاء بالصحيحة ، فإن الزيادة ثم من حيث المعنى وليست متميزة بخلاف مسألتنا ، (فيأخذ في الهاشمة خمساً من الإبل) لأن التفاوت بينها وبين الموضحة ، (و) يأخذ (في المنقلة عشراً) من الإبل ، لأنه ما بين الموضحة والمنقلة ، (وفي المأمومة) وأم الدماغ (ثمانية وعشرين) بعيراً (وثلثاً) من بعير ، لأن الواجب فيهما ثلث الدية ، فإذا سقط منها دية موضحة خمس بقي ذلك ، (ويعتبر قدر الجرح بالمساحة دون كثافة اللحم) لأن حده العظم والناس يختلفون في قلة اللحم وكثرته ، فلا يمكن اعتباره ، (فلو أوضح) الشاج (إنساناً في بعض رأسه)

و(مقدار ذلك البعض جميع رأس الشاج وزيادة كان له) أي المشجوج (أن يوضحه في جميع رأسه) لتحصل المماثلة بحسب الإمكان ، ولأن الجميع رأس ، (ولا أرش له) أي للمشجوج (للزائد) لئلا يجتمع في عضو واحد قصاص ودية ، (وإن أوضح) الجاني (كل الرأس ورأس الجاني أكبر) من رأس المجني عليه ، (فله قدر شجته من أي جانب شاء المقتص) لأن الجميع محل الجناية ، و(لا) يستوفي (من جانبين جميعاً ، لأنه يأخذ موضحتين بموضحة) وذلك حيف ، (وإن كان رأس المجني عليه أكبر فأوضحه الجاني في مقدمه ومؤخره موضحتين قدرهما قدر جميع رأس الجاني ، فله) أي المقتص (الخيار بين أن يوضحه موضحة واحدة في جميع رأسه) لأن الجميع رأس (أو يوضحه موضحتين يقتص في كل واحدة منهما على قدر موضحته) لأن الحق في الزائد له وقد تركه ، (ولا أرش) للمقتص (لذلك) المتروك ، لأنه ترك الاستيفاء مع إمكانه ، (وإن كانت الشجة بقدر بعض الرأس منهما) أي من الجاني والمجني عليه (لم يعدل عن جانبها إلى غيره) لأنه أمكنه أن يستوفي ما وجب له ، فلم يجز له العدول إلى غيره ، (وإذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها) من الجروح المنهية إلى العظم ، (فإن كان على موضعها شعر أزاله) بحلق أو غيره ليتمكن من الاستيفاء ، (ويعمد إلى موضع الشجة من رأس المشجوج ، فيعلم طولها وعرضها بخشبة أو خيط) فيعلم حتى يقتص من الجاني مثله ، (ثم يضعها) أي الخشبة أو نحوها (على رأس الشاج ويعلم طرفيه) أي الموضع على رأس الجاني أو غيره من خشبة أو نحوها (بسواد أو غيره ثم يأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة فيضعها في أول الشجة ويجرها إلى آخرها فيأخذ مثل الشجة طولاً وعرضاً) لأن القصاص يعتمد المماثلة ، (ولا يراعى العمق) لأن حده أعظم ولو روعي لتعذر الاستيفاء ، لأن الناس يختلفون في قلة اللحم وكثرته كما سبق .

★ ★ ★

فصل

وإن اشترك جماعة في قطع طرف أو في جرح موجب للقصاص حتى ولو في موضحة أو تساوت أفعالهم ، فلم يتميز فعل أحدهم عن فعل الآخر مثل أن يضعوا حديدة على يده ويتحاملوا عليها جميعاً حتى تبين أي تنفصل اليد ، (أو يشهدوا بما يوجب قطعه) كسرقة ، (فيقطع ثم يرجعوا عن الشهادة ، أو يكرهوا إنساناً على قطع طرف) فيقطعه، (فيجب قطع المكرهين والمكره) كما يقتلون بالنفس ، (أو يلقوا صخرة على طرف إنسان فتقطعه) الصخرة ، (أو يمدها) أي اليد ونحوها ، (فتبين) بالمد (ونحوه) أي نحو ما ذكر كما لو ألقموها لسبع أو نحوه فعليهم كلهم القصاص لقول عليّ للشاهدين :

« لَوْ عَلِمْتُ أنَّكُمَا تَعَمَّدْتُمَا لَقَطَعْتُكُمَا » فأخبر أن القصاص على كل منهما لو تعمد ، أو لأنه أحد نوعي القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالنفس ، وفي الانتصار لو حلف كل منهما لا يقطع يداً حنث بذلك ، وعنه لا قود ، لأنه لا تساوي بين طرف وأطراف ، وفي الرعاية بعد ذكر الخلاف : وعلى كل واحد دية الطرف والجرح كما لو قطع كل إنسان من جانب أو في وقت . قال ابن حمدان : ويحتمل أن يشتركوا في ديته ا هـ . قلت : هنا الاحتمال هو قياس ما تقدم في النفس ، (وإن تفرقت أفعالهم) أي القاطعين (فقطع كل إنسان من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتمه غيره) بأن قطع الباقي (أو ضرب كل واحد) منهم على حديدة أو نحوها وضعت على اليد أو نحوها (ضربة حتى) انفصلت (أو وضعوا منشاراً على مفصل ثم مده كل واحد مرة حتى بانت اليد) أو نحوها (فلا قصاص) لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك في قطع جميعها (وسراية الجناية) مضمونة (كهي) أي الجناية (في القود والدية في النفس ودونها) لأن السراية أثر الجناية والجناية مضمونة ، فكذا أثرها (حتى لو اندمل الجرح فاقتص) المجني عليه (ثم انتقض) الجرح (فسرى) كات سرايته مضمونة ، لأنه إعراض من المجني عليه ، لاعتماده على الظاهر (فلو قطع أصبعاً فتآكلت أخرى إلى جانبها وسقطت من مفصل) وجب القصاص ، (أو) قطع أصبعاً فـ (تآكلت اليد وسقطت من الكوع) أو المرفق (وجب القصاص في ذلك) لأن ما وجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس ، وفارق ما لو رمى سهماً إلى شخص فمرق منه إلى آخر ، لأن ذلك فعل وليس بسراية ، ولو قصد قطع إبهامه فقطع سبابته وجب القصاص ، (وإن شل) بفتح الشين ، وقيل بضمها ، أي فسد العضو وذهبت حركته بالسراية ، (ففيه ديته دون القصاص) لعدم إمكان القصاص في الشلل فيضمن بما يضمن به ، كما لو لم يكن معه قطع (وسراية القود غير مضمونة) لما روى سعيد أن عمر وعليّ بن أبي طالب قالا : «مَنْ مَاتَ مِنْ حَدٍّ أوْ قِصَاصٍ لا دِيَةَ لَهُ ، الحَقُّ قَتَلَهُ » ، ولأنه قطع مستحق فلا تضمن سرايته كقطع السارق ، ولا فرق بين سرايته إلى النفس أو ما دونها ، (فلو قطع) المجني عليه (اليد قصاصاً فمات الجاني فهدر) لأنه مستحق له (لكن لو اقتص) المجني عليه (قهراً) على الجاني (مع حر أو برد أو بآلة كالة أو مسمومة ونحوه) كما لو حرق العضو المستحق له فسرى ، فمات (لزمه بقية الدية) يعني أنه يضمن دية النفس منقوصاً منها دية ذلك العضو الذي وجب له القصاص فيه ، فلو وجب له في يد كان عليه نصف الدية ، وإن كان في جفن كان عليه ثلاثة أرباعها وهكذا .

(ويحرم أن يقتص من طرف قبل برئه) لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده:

« أنَّ رَجُلاً طَعَنَ رَجُلاً بِقرنٍ فِي رُكْبَهِ فجاءَ إلى النّبي ﷺ فقال : أقدْني ، فقالَ : حَتى تَبَرأ ، ثُمَّ جاءَ إليه فقالَ : أقدْني ، فَأَقَادَهُ ، ثُمَّ جاءَ إلَيْه ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ الله ، عَرَجْتُ ، فقَالَ : قَدْ نَهيْتُكَ فَعَصَيْتَنِي فَأبْعَدَكَ اللهُ وأبْطَلَ عَرَجَكَ ، ثم نهى رسولُ الله ﷺ أنْ يُقْتَصَّ مِنْ جُرْحٍ حتى يَبرأَ » رواه أحمد والدارقطني . ولأن الجرح لا يدري أيؤدي إلى القتل أم لا ؟ فوجب أن ينتظر ليعلم حكمه ، (فإن فعل) أي اقتص للطرف قبل برئه (سقط حقه من سرايته ، فلو سرى) الجرح بعد (إلى نفسه) فهدر للخبر (أو سرى القصاص إلى نفس الجاني فهدر) وتقدم ، (وإن قطع) جان (يد رجل من الكوع ثم) قطعها جان (آخر من المرفق فات المجني) عليه (بسرايتهما) أي القطعتين ، (فللولي قتل القاطعين) لأنهما قاتلان ، لأن سراية الجناية مضمونة بالقود كما سبق .





كتاب الديات

(وهي جمع دية) مخففة ، وأصلها ودى . والهاء بدل من الواو كالعدة من الوعد ، والزنة من الوزن . يقال : وديت القتيل أديه دية إذا أعطيت ديته واتَّديت إذا أخذت الدية (وهي) في الأصل مصدر سمي به (المال المؤدى إلى مجنى عليه أو وليه بسبب جناية) كالخلق بمعنى المخلوق وهي ثابتة بالإجماع ، وسنده قوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾[1] وفي الخبر « في النَّفْسِ مِائَةٍ مِنَ الإبِلِ » (كل من أتلف إنساناً) ذكراً أو أنثى (مسلماً أو ذمياً مستأمناً أو مهادناً بمباشرة) لإتلافه (أو سبب) كشهادة عليه أو إكراه على قتله أو حفر بئر تعدياً (عمداً أو خطأ أو شبه عمد لزمته ديته) لقوله صلى الله عليه وسلم لما كتب إلى أهل اليمن كتاباً فى الفرائض والسنن والديات : «في النفس مائة من الإبل» رواه مالك والنسائي من حديث عمرو بن حزم . قال ابن عبد البر : هو كتاب مشهور عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد أشبه المتواتر (إما في ماله) أي القاتل (أو على عاقلته على ما سيأتي) تفصيله بقوله (فإن كان) القتل (عمداً محضاً فهي) أي الدية (في مال الجاني) لأن بدل المتلف وأرش الجناية على الجاني ، قال صلى الله عليه وسلم : « ولا يَجْني إلا على نَفْسِهِ » ولأن العامد لا عذر له فلا يستحق التخفيف ، ولا يوجد فيه المعنى المقتضى للمواساة فى الخطأ (حالة) كالقصاص وأرش أطراف العبد، ولأن القاتل غير معذور بخلاف شبه العمد (و) دية (شبه العمد والخطأ وما أجرى مجراه) أي الخطأ كانقلاب النائم على إنسان فيقتله وحفر البئر تعدياً فيقع فيه فيموت به (على عاقلته) مؤجلة على ثلاث سنين كما يأتي لحديث أبى هريرة : « اقْتَتَلَتْ امْرأَتَانِ مِنْ هُذَيلٍ فَرَمَتْ إحْدَاهُما الأخرى بحجر فَقَتَلَتْهَا ومَا فِى بَطْنِهَا فَقَضى رَسُولُ الله ﷺ بِدِيَةِ المَرْأَةِ عَلى عَاقِلَتِهَا »[1] متفق عليه وحكاه ابن المنذر إجماعاً فى الخطأ . والحكمة فيه أن

---

(١) سورة النساء الآية : ٩٢.

(٢) الحديث أخرجه البخارى فى الصحيح كتاب الديات : باب جنين المرأة ، وأخرجه مسلم فى كتاب القسامة : باب دية الجنين .

جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فإيجابها على الجاني في ماله يجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفاً لأنه معذور و(لايلزمه) أي القاتل (شيء منها) أي الدية للخبر السابق، فإنه يقتضي أنه حكم عليهم بجميع الدية (فإن كان التالف جزءاً من الإنسان فسيأتي) بيان ديته، ويأتي بيان ما تحمله العاقلة منه (فى باب العاقلة إن شاء الله) تعالى مفصلا (فإذا ألقاه على أفعى) وهي حية معروفة والأكثر على صرفها كعصا وقيل تمنع من الصرف لوزن الفعل وشبهها بالمشتق وهو تصور أذاها (أو ألقاها) أي الأفعى (عليه فقتلته) فعليه ضمانه لأنه أتلف بعدوانه كالمباشرة (أو طلبه بسيف مجرد) من غمده (ونحوه) اى نحو السيف (أو) طلبه بـما يخيف ككلب ودبوس فهرب منه فتلف في هربه بأن سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو خرَّ في مهواة من بئر أو غيره أو سقط فتلف أو لقيه سبع) أو نحوه (فافترسه أو غرق في ماء أو أحترق بنار سواء كان المطلوب صغيراً أو كبيراً أو أعمى أو بصيراً أو عاقلاً أو مجنوناً) فعليه ضمان ما لا تحمله العاقلة لأنه هلك بسبب عدوانه فضمنه قال فى الترغيب والبلغة وعندي مالا يتعمد إلقاء نفسه مع القطع بتلفه لأنه كمباشر قال في الفروع ويتوجه أنه مراد غيره قال في الانصاف الذي ينبغي أن يجزم به أنه مراد الأصحاب وكلامهم يدل عليه (أو روعه بأن شهر السيف في وجهه أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله) فعليه ضمانه لما سبق (أو حفر بئراً محرماً حفرها في فنائه أو في فناء غيره أو في طريق) ولو واسعاً (لغير مصلحة المسلمين أو في ملك غيره بغير إذنه) أي صاحب الملك فتلف بها إنسان فعليه ضمانه لأنه تلف بعدوانه (أو وضع حجراً) في طريق فتلف به إنسان فعليه ضمانه لتعديه إن لم يضعه لنفع المسلمين بأن وضعه بطين ليطأ عليه الناس (أو رماه) أي الحجر (أو) رمى (غيره من منزله) أو غيره فتلف به شيء ضمنه (أو حمل به رمحاً جعله) أي الرمح (بين يديه أو خلفه) فتلف به شيء ضمنه (لا) إن كان الرمح (قائماً في الهواء وهو يمشي) فلا يضمن ما تلف به (لعدم تعديه) فأتلف ما تقدم (إنساناً أو غيره) من حيوان أو غيره ضمنه (أو صب ماء في طريق أو) صب ماء في (فنائه) أي ما اتسع حول داره (أو رمى قشر بطيخ أو) قشر (خيار أو) قشر (باقلا) ونحوه (في طريق) فتلف به شـيء ضمنه (أو بال) في طريق (أو بالت دابته في طريق ويده عليها راكباً كان أو ماشياً أو قائداً فتلف به إنسان أو ماشية أو تكسر منه عضو فعليه ضمان ما لا تحمله العاقلة) كالعبد والبهائم وما دون ثلث الدية وما عدا ذلك عن عاقلته كما لو جنت بيدها أو فمها قاله الأصحاب . وفي الشرح قياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك أي ببول الدابة في

الطريق وكما لو سلم على غيره أو أمسك يده حتى مات لعدم تأثيره ولأنه لا يمكن التحرز منه كما لو أتلفت برجلها ويفارق ما إذا أتلفت بيدها أو فمها لأنه يمكنه حفظها (وإن حفر) إنسان (بئراً أو نصب سكيناً ووضع آخر حجراً) أو نحوه (فعثر به إنسان أو دابة فوقع في البئر أو على السكين ضمن واضع الحجر المال) حيواناً كان أو غيره (وعلى عاقلته دية الحر) لأن الحجر (كدافع) ولأن الوضع متأخر عن الحفر والنصب وعلم منه أنه لا ضمان على الحافر والناصب إذن ؛ لأن واضع الحجر قطع لتسببهما ، ولا قصاص على واضع الحجر لأنه لم يقصد القتل عادة لمعين لخلاف مكره (إذا تعديا) أي الحافر وواضع الحجر (وإلا) يعني وإن تعدى أحدهما وحده (فـ) الضمان (على متعد منهما) لتعديه، وإن لم يتعديا ولا أحدهما بأن كانت البئر في ملكه أو في موات أو في طريق واسع لنفع المسلمين بلا ضرر ووضع الحجر بطين ليطأ الناس عليه فلا ضمان عليهما لعدم العدوان .

(وإن أعمق) إنسان (بئراً قصيرة ولو) كانت ذراعاً فحفرها آخر إلى القرار ضمنا التالف بينهما إن كان التالف (مالا ودية الحر على عاقلتهما)؛ لأن السبب حصل منهما ، وكما لو جرحه واحد جرحاً (فإن) حفر إنسان بئراً وعمقها آخر و (وضع آخر فيها سكينا فـ) الضمان عليهم (أثلاثاً) لتسببهم ، (وإن حفرها) أي البئر (بملكه أو وضع فيها) أي في بئر بملكه (حجراً أو حديدة وسترها) ليقع فيها أحد (فمن دخل بإذنه وتلف بها فالقود)؛ لأنه أتلفه كما لو قدم له طعاماً مسموماً فأكله ، (وإلا) أي وإن دخل بغير إذنه (فلا » ضمان (كـ)ـما لو كانت البئر (مكشوفة بحيث يراها) الداخل (إن كان بصيراً)؛ لأنه الجاني على نفسه كآكل السم عالماً به (أو) كان ضريراً أو (دخل بغير إذنه) فلا ضمان لأنه لم يتسبب في الجناية عليه ، (وإن كان الداخل) بالإذن (وأعمى أو كان بصيراً لكن في ظلمة لا يبصرها) أي البئر (ضمنه) الآذن لتسببه في هلاكه، (وإن قال صاحب الدار : ما أذنت له في الدخول ، وادعى ولي الهالك أنه أذن له) في الدخول (فقول المالك) لأنه منكر والأصل عدم الإذن (وإن قال) صاحب الدار (كانت) البئر (مكشوفة) بحيث يراها (وقال الآخر) وهو ولي الهالك (كانت مغطاة فقول ولي الداخل) بيمينه؛ لأن الظاهر معه إذ لو كانت مكشوفة بحيث يراها لم يسقط فيها ، (وإن تلف أجير لحفرها) أي البئر (بها أو دعا من يحفرها له بداره أو بمعدن فمات بهدم فهدر) ؛ لأن المستأجر لم يحصل منه فى ذلك مباشرة ولا تسبب ، وكذا أجير لبناء أو هدم حائط .

(وإن حفر بئراً في ملكه أو) حفرها (في ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه) بسبب الحفر لأنه ليم يتعد به ، (وكذلك إن حفرها) أى البئر (في موات) لتملك أو ارتفاق أو نفع المسلمين ، (أو وضع حجراً) بطين ليطأ عليه الناس أو وضعه في موات (أو نصب

شركاً أو شبكة أو منجلاً ليصيد بها) فتلف بذلك شيء ، فلا ضمان لعدم تعديه (وإن فعل شيئاً من ذلك) بأن حفر البئر أو وضع الحجر لا ليطأ عليه الناس بطين أو نصب شركاً أو شبكة أو منجلا (في طريق ضيق ، فعليه ضمان ما تلف به ، أذن له الإمام) في ذلك (أو لم يأذن) فيه ؛ لأنه ليس له أن يأذن فيما فيه ضرر ، (ولو فعل ذلك الإمام لضمن) ما يتلف به لعدوانه ، (فإن كان الطريق واسعاً فحفرها) أي البئر (في مكان منها يضر بالمسلمين) كقارعة الطريق (ضمن) ما تلف بها ، (وإن كان) حفرها في مكان (لا يضر) بالمسلمين (وحفرها لنفسه ضمن ما تلف بها) لأنه ليس له ذلك وإن حفرها لنفع المسلمين في الطريق الواسع بلا ضرر فلا ضمان ، وتقدم (وإن حفرها) أي البئر (في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن ما تلف به) أي بسبب حفره (جميعه) لتعديه بالحفر ، (وتقدمت أحكام البئر فى آخر الغصب . وإن غصب) أي حبس (صغيراً حراً) عن أهله (فنهشته حية أو أصابته صاعقة) نار تنزل من السماء فيها رعد شديد (ففيه الدية لأنه تلف فى يده العادية) (وإن كان) المغصوب (قناً) فنهشته حية أو أصابته صاعقة أو تلف بغير ذلك (فـ) ـعلى الغاصب (القيمة) أي قيمة القن لمالكه لأن القن تثبت عليه اليد ، (قال الشيخ : ومثل ذلك) أي نهش الحية وإصابة الصاعقة (كل سبب يختص البقعة كالوباء وانهدام سقف عليه ونحوهما . انتهى) ؛ لأنه بحبسه منعه من الهرب ، (وإن مات) المغصوب (بمرض أو) مات (فجأة ، لم يضمن) الغاصب (الحر) لأنه لا تثبت عليه اليد بخلاف القن ، (وإن قيد حراً مكلفاً وغله فتلف بصاعقة أو حية وجبت الدية) كما تقدم في الصغير .



فصل

وإن اصطدم حران مكلفان بصيران أو ضريران أو أحدهما

بصير والآخر ضرير (وهما ماشيان أو راكبان أو راكب وماش فماتا ، فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) ، روي عن علي ؛ لأن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه وذلك خطأ ، فكانت دية كل منهما على عاقلة صاحبه ، (وقيل : بل) على عاقلة كل منهما (نصفها) أي الدية (لأنه هلك بفعل نفسه وفعل صاحبه فيهدر فعل نفسه وهذا هو العدل، وكالمنجنيق إذا رجع فقتل أحد الثلاثة) الرامين له فإنه يهدر فعل نفسه ، وجزم به في الترغيب ، وقدم في الرعاية إن غلبت الدابة راكبها بلا تفريط فلا ضمان ، وعلى كل منهما كفارة في تركته ، (وإن مات أحد المتصادمين) دون الآخر (فديته كلها أو

نصفها على عاقلة الآخر) لما تقدم (على الخلاف) ، فإن قلنا فيما سبق : على عاقلة كل منهما دية الآخر ، فالواجب هنا الدية كاملة، وإن قلنا : نصفها هناك ، فالنصف هنا (وإن اصطدما عمداً ويقتل ذلك) الصدم (غالباً فـ) ـالقتل (عمد يلزم كل واحد منهما دية الآخر في ذمته فيتقاصان) ، ولا شيء على العاقلة لأنها لا تحمل العمد، وعلى هذا إن مات أحدهما وحده فالقصاص أو الدية في مال صاحبه ، (وإلا) أي وإن لم يكن الصدم يقتل غالباً (فـ)ـهو (شبه عمد) ، فالدية على العاقلة والكفارة في مال كل منهما ، (ولو تجاذبا حبلا ونحوه) كثوب (فانقطع) الحبل أو نحوه (فسقطا فماتا ، فكمتصادمين سواء انكبا أو استلقيا أو انكب أحدهما واستلقى الآخر ، لكن نصف دية المنكب على عاقلة المستلقي مغلظة ، ونصف دية المستلقي على عاقلة المنكب مخففة) قاله في الرعاية . (وإن اصطدم قنان ماشيان فماتا فهدر) ؛ لأن قيمة كل واحد منهما وجبت في رقبة الآخر وقد تلف المحل الذي وجبت فيه فذهبا هدراً * قلت : فإن كان راكبين وهما بالغان فكذلك ، وإن كانا صغيرين وأركبهما سيدهما لمصلحة أو ركبا من عند أنفسهما فكذلك ، وإلا فعلى مركب كل منهما ضمان الآخر . وإن كان أحدهما صغيراً والآخر كبيراً فلكل حكمه، (وإن مات أحدهما) أي أحد القنين الماشيين المصطدمين (فقيمته في رقبة الآخر) ؛ لأنه مات بجنايته (كسائر جناياته، وإن كان) أي المصطدمان (حراً وقناً وماتا) بالصدم ، (ضمنت قيمة القن في تركة الحر) ؛ لأن العاقلة لا تحملها ، (ووجبت دية الحر كاملة في تلك القيمة)؛ لتعلق جنايته برقبته ، والقيمة قائمة مقامها ، فإن تساويا تقاصا ، وإن كانت القيمة أكثر سقط منها بقدر الدية ، وباقيها للسيد ، وإن كانت الدية أكثر فلا شيء عليه، (وإن اصطدمت امرأتان فماتتا فكرجلين) ، فإن كان عمداً ويقتل غالباً ، فعلى كل منهما دية الأخرى في ذمتها فيتقاصان ، وإلا فشبه عمد ، (فإن أسقطت كل واحدة منهما جنينها فعلى كل واحدة) منهما (نصف ضمان جنينها ونصف ضمان جنين صاحبتها) لمشاركتها في قتل الجنين ، (وعلى كل واحدة) منهما في مالها (عتق ثلاث رقاب ، واحدة لقتل صاحبتها واثنتان لمشاركتها في) قتل الجنينين) ، فإن أسقطت (إحداهما دون الأخرى) وماتتا (اشتركتا في ضمانه) أي الجنين لاشتراكهما في قتله ، (وعلى كل واحدة منهما عتق رقبتين) : رقبة لاشتراكهما في قتل الجنين ، ورقبة لقتل كل منهما الأخرى ، ودية كل منهما على عاقلة الأخرى إن لم يكن عمداً يقتل غالباً ، ويأتي أن العاقلة تحمل الغرة إذا سقط بجناية على أمه ومات معها أو بعدها لا قبلها ، (وإن كان المتصادمان راكبين فرسين أو بغلين أو حمارين أو جملين) أو فيلين أو نحوهما، (أو) كان (أحدهما راكباً فرساً والآخر) راكباً (غيره) وكانا (مقبلين) أي كل منهما مقبل على الآخر ، (أو مدبرين) أي ظهر كل منهما للآخر (فماتت

الدابتان ، فعلى كل واحد منهما قيمة دابة الآخر أو نصفها على الخلاف) السابق ؛ لأنهما ماتتا بفعله أو مشاركته ، (وإن ماتت إحداهما) أي إحدى الدابتين (فعلى الآخر قيمتها) أو نصفها على الخلاف ، (وإن نقصت فعليه نقصها) أي نقص دابة كل منهما فعلى الآخر أرش نقصها . وإن نقصت دابة أحدهما فعلى الآخر أرش نقصها ، (وإن كان أحدهما) أي الراكبين (يسير بين يدي الآخر فأدركه الثاني فصدمه فماتت الدابتان أو إحداهما فالضمان على اللاحق) ؛ لأنها تلفت بصدمه ، وإن ماتا أو أحدهما فدية السابق على عاقلة اللاحق ، (وإن كان أحدهما يسير والآخر واقفاً) أو قاعداً (فعلى عاقلة السائر دية الواقف) والقاعد لأنه قتيل خطأ ، (وعليه) أى السائر (ضمان دابته) أي دابة الواقف أو القاعد ؛ لأن العاقلة لا تحملها ، (فإن مات الصادم أو) تلفت (دابته فهدر) لأنه لم يجن عليه أحد بل هو الجاني على نفسه ، (وإن انحرف الواقف فصادفت الصدمة انحرافه فهما كالسائرين) على ما سبق تفصيله . هذا كله إذا وقف أو قعد في طريق واسع ، (فإن كان الواقف) يعني غير السائر (في طريق ضيق غير مملوك له) حال كونه (قاعداً أو واقفاً فلا ضمان فيه) ؛ لأن السائر لم يتعد عليه بل القاعد والواقف هو المتعدي ، (وإن كان) الطريق الضيق (مملوكاً للواقف) أو القاعد (ضمنه السائر) ؛ لتعديه بسلوكه ملك غيره بغير إذنه مع أن الواقف والقاعد غير متعد بوقوفه في ملكه ، (ولا يضمن واقف) أو قاعد (لسائر شيئاً ولو في طريق ضيق) غير مملوك لأنه لم يجن عليه. (ومن أركب صغيرين لا ولاية له عليهما فاصطدما فماتا فعلى الذي أركبها ديتهما في ماله) ؛ لأنه متعد بذلك ، وتصادمهما أثر ركوبهما وفعلهما غير معتبر ، فوجب إضافة القتل إلى من أركبهما . وفى الترغيب والمقنع والوجيز : ديتهما على عاقلته لأنه خطأ فتحمله العاقلة . (وما تلف من مالهما ففي ماله) أي المركب لهما (أيضاً) لأنه تلف بتعديه ، والعاقلة لا تحمله ، (وإن ركبا) أى الصغيران (من عند أنفسهما فكالبالغين المخطئين) ، على كل منهما ما تلف من مال الآخر وعلى عاقلة كل منهما دية الآخر ، (وكذا إن أركبهما ولي لمصلحة كما إذا أراد أن يمرنهما على الركوب وكانا يثبتان بأنفسهما) على ما أركبه لهما ، فلا ضمان عليه ولا على عاقلته لأنه إركاب مأذون فيه فلم يترتب عليه ما يترتب على المتعدي ، (فأما إن كانا لا يثبتان بأنفسهما فالضمان عليه) ؛ لأنه لا مصلحة في الركوب إذن . قال فى الترغيب : إن صلحت للركوب وأصلحهما للركوب وأركبهما ما يصلح لركوب مثلهما وإلا ضمن ، (وإن اصطدم صغير وكبير فإن مات الصغير ضمنه الكبير) لتلفه بصدمه ، (وإن مات الكبير ضمنه الذي أركب الصغير) لتلفه بسبب إركابه للصغير ، وكذا حكم ما يتلف من دابتهما ونقل حرب إن حمل رجل صبياً على دابة فسقط ضمن ، إلا أن يأمره أهله بحمله ، (وإن قرب) إنسان

(صغيراً من هدف فأصابه سهم ضمنه المقرب) دون رامي السهم إذا لم يقصده لأن القرب هو الذي عرضه للتلف بتقريبه والرامي لم يوجد منه تفريط ، لأن الرامي كحافر البئر والمقرب كالدافع . فإن قصده الرامي فعليه الضمان وحده لأنه مباشر ، (وإن أرسله) أى أرسل إنسان الصغير (في حاجة فأتلف) الصغير (مالا أو نفساً) فأكثر ، (فجنايته خطأ من مرسله) لتعديه بإرساله فيضمن المال ، وعلى عاقلته دية الآدمي ، (وإن جنى عليه) أي على الصغير المرسل في حاجة (ضمنه) مرسله لتسببه ، (ذكره في الإرشاد وغيره) . قال ابن حمدان : إن تعذر تضمين الجاني لأنه مباشر والمرسل متسبب . (وتقدم في الغصب إذا اصطدم سفينتان) .

★ ★ ★



وإن رمى ثلاثة بمنجنيق فرجع الحجر

أو لم يرجع (فقتل رابعاً) حراً ، (فعلى عواقلهم ديته أثلاثاً) ؛ لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد ، (ولا قود) عليهم (ولو قصدوه بعينه) لعدم إمكان القصد ، (فإن قصده) بالرمي (أو قصدوا جماعة) قليلة (فهو شبه عمد) ؛ لأنهم قصدوا الجناية بما لا يقتل غالباً ؛ (لأن قصد واحد) ومن في معناه (بالمنجنيق لا يكاد يفضي إلى إتلافه) ، هذا مقتضى ما ذكره في الإنصاف أنه المذهب وعليه الأصحاب ، قال : واختار في الرعاية أن ذلك عمد إن كان الغالب الإصابة * قلت : إن قصدوا رميه كان عمداً وإلا فلا . انتهى. وعليه مشى في المنتهى ، (وإن لم يقصدوا) أى رماة المنجنيق (قتل آدمي) أصاب آدمياً فقتله (فهو خطأ) لعدم القصد ، (فإن كانوا) أي الرماة (أكثر من ثلاثة فالدية حالة فى أموالهم) ؛ لأن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث ، والتأجيل فى الديات إنما هو فيما تحمله العاقلة ، (وإن قتل) الحجر (أحدهم) أي أحد الثلاثة الرماة بالمنجنيق فعلى كل واحد كفارة كما لو شارك في قتل غيره و (سقط فعل نفسه وما يترتب عليه) ، من وجوب ثلث الدية ، (وعلى عاقلة صاحبية ثلثا الدية) كما لو مات من جراحتهما وجراحة نفسه ، وكما لو شارك في قتل بهيمة ، ولأنه شارك في القتل فلا تكمل الدية على شريكه ، كما لو قتلوا واحدا غيرهم ، وقد روي نحوه عن علي ، قال الشعبي : «وذلك أن ثلاث جوار اجتمعت فركبت إحداهن على عنق أخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت ، فرفع ذلك إلى على فقضى بالدية أثلاثا على عواقلهن ، وألقى الثلث الذي قابل فعل الواقصة لأنها أعانت على قتل نفسها » ، وهذه تشبه مسألتنا ، (وإن رجع الحجر فقتل اثنين) من الثلاثة (وجب على عاقلة الحي

منهم لكل ميت ثلث ديته) لأنه شاركهما في القتل ، (وعلى عاقلة كل واحد من الميتين ثلث دية صاحبه) لما تقدم (ويلغى فعل نفسه)؛ لمشاركته في القتل كما مر ، (والضمان في ذلك يتعلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون من وضعه) أي الحجر (في الكفة) بتثليث الكاف ، (و) دون من (أمسك الخشب كمن وضع سهماً في قوس إنسان ورماه صاحب القوس ، فالضمان على الرامي دون الواضع) اعتباراً بالمباشرة ، (ومن جنى على نفسه أو) جنى على (طرفه عمداً أو خطأ فلا شيء له من بيت المال و) لا من (غيره) بل هو هدر ؛ ولأن عامر بن الأكوع رجع سفيه عليه يوم خيبر فمات ولم ينقل أنه ودي، ولو وجبت لبينها رسول الله ﷺ ولنقل ظاهراً ، وعنه على عاقلته في الخطأ دية نفسه أو طرفه لقول عمر، (وإن نزل رجل بئرا فخر عليه آخر فمات الأول من سقطته فعل عاقلته) أي الثاني (ديته) ، أي الأول لأنه مات من سقطته فيكون هو قاتله فوجبت الدية على عاقلته كما لو باشره بالقتل خطأ ، (وإن كان) الثانى رمى بنفسه عليه (عمدا وهو مما يقتل غالباً فعليه القصاص) لأنه قصد جناية تقتل غالباً ، (وإلا) أي وإن لم يكن مما يقتل غالباً (فشبه عمد) لأنه قصد جناية لا تقتل غالباً ، (وإن وقع) الثانى على الأول (خطأ فالدية على عاقلته مخففة) كسائر أنواع الخطأ ، (وإن مات الثانى بسقوطه على الأول فدمه هدر) لأنه مات بفعله . وقد روى على بن رباح اللخمى : « أن رجلاً كان يقود أعمى فوقعا فى بئر ووقع الأعمى فوق البصير فقتله ، فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى ، فكان الأعمى ينشد فى الموسم فى خلافة عمر :

يا أيهـــا الـناس رأيت منكـــــراً هل يعقل الأعمى الصحيح المبصرا

خـــرا معـــا كـــلاهمـــا تكسرا

رواه الدارقطنى وقاله ابن الزبير وشريح والنخعى والشافعي وإسحاق، ولو فعله البصير قصداً لم يضمنه وعليه ضمان الأعمى ، (وإن سقط) عليهما (ثالث فمات الثانى) من سقطته (فعلى عاقلته ديته) لأنه مات من فعله ، (وإن مات الأول من سقطتهما) أي الثاني والثالث (فديته على عاقلتهما) لموته بفعلهما ، ودية الثانى على الثالث لأنه انفرد بالوقوع عليه ، (ودم الثالث هدر) لأنه مات بفعل نفسه ، (هذا) الحكم المذكور (إذا كان الوقوع هو الذى قتله) أي قتل من مات ممن ذكر ، (فإن كان البئر عميقاً) يموت الواقع (فيه بمجرد وقوعه) فيه (لم يجب ضمان على أحد) لأنه لا فعل لأحدهم في قتل غيره ، (وإن احتمل) الحال (أمرين) بأن كان يحتمل أن الموت بمجرد الوقوع أو بسقوط بعضهم على بعض ، (فكذلك) لا ضمان لعدم تحقيق موجبه والأصل البراءة ، (وإن جذب الأول الثانى وجذب الثانى الثالث وماتوا فلا شيء على الثالث) لأنه لا

فعل له ، (وديته على عاقلة الثاني) لأنه جذبه وباشره بذلك والمباشرة تقطع حكم التسبب ، (ودية الثاني على عاقلة الأول) لأنه هلك بجذبته ، (ولو كان الأول هلك من وقعة الثالث) عليه فضمان نصف ديته على عاقلة الثاني والباقي هدر ؛ لأن الهلاك حصل بفعل الثاني والأول فيلغى فعل الأول فى نفسه ، ويجب على عاقلة الثاني نصف الدية ، (ولو كانوا أربعة فجذب) الأول الثانى والثانى الثالث و (الثالث رابعاً فماتوا جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلا شيء على الرابع) لأنه لا فعل له ، (وديته على عاقلة الثالث) لجذبه له ، ودية الثالث والثانى والأول على ما سبق ، (وإن لم يقع بعضهم على بعض بل ماتوا بسقوطهم ، أو كان البئر عميقاً يموت الواقع فيه بنفس الوقوع ، أو كان فيه ما يغرق الواقع فيقتله أو) كان فى البئر (أسد يأكلهم ولم يتجاذبوا) ولم يتدافعوا (لم يضمن بعضهم بعضاً) لأنه لا تسبب ، (وإن شك في ذلك أى في وقوع بعضهم على بعض وأن الموت به أو بنفس الوقوع أو الماء) أو الأسد، (لم يضمن بعضهم بعضاً) ؛ لأنه لا تضمين بالشك ، (وإن كان موتهم لوقوع بعضهم على بعض) يعني من غير تجاذب ولا تدافع (فدم الرابع هدر) ؛ لأنه لم يسقط عليه أحد ، وإنما مات لسقوطه ، (وعليه) أي على عاقلة الرابع (دية الثالث) لأنه مات بسقوطه عليه ، (ودية الثاني عليه) أي على عاقلته ، (وعلى) عاقلة (الثالث نصفين) لأنه مات بسقوطهما عليه ، (ودية الأول على) عاقلة الثلاثة أثلاثاً لأنه مات بسقوطهم عليه، (وإن خر رجل في زبية أسد) أو نحوه (فجذب) الرجل (آخر ، وجذب الثانى ثالثاً، وجذب الثالث رابعاً فقتلهم الأسد ، فدم الأول هدر) لأنه لا صنع لأحد فى إلقائه ، (وعلى عاقلته) أى الأول (دية الثاني) لأنه تسبب في قتله ، (وعلى عاقلة الثاني دية الثالث ، وعلى عاقلة الثالث دية الرابع) لما سبق ، (وكذا لو تدافع أو تزاحم عند حفرة جماعة فسقط منهم أربعة فيها متجاذبين كما وصفنا) بأن سقط منهم واحد فجذب آخر وجذب الثاني والثالث رابعاً ، فقتلهم أسد أو نحوه ، فدم الأول هدر ، وعلى عاقلته دية الثاني ، وعلى عاقلة الثاني دية الثالث ، وعلى عاقلة الثالث دية الرابع ، لما سبق .



فصل

ومن أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية أو مكان

(لا يقدر فيه على طعام ولا شراب ، أو أخذ دابته) ، والمأخوذ منه عاجز عن دفع الآخذ (فهلك) المأخوذ طعامه أو شرابه أو دابته (بذلك ، أو هلكت بهيمته) بأخذ طعامها أو شرابها ، (فعليه ضمان ما تلف به) أي بسبب أخذه لتسببه في هلاكه ، (ومثلها في

الحكم لو أخذ منه قوساً يدفع بها عن نفسه ضرباً ، رذكره في الانتصار) ، وكذا كل ما يدفع به صائلا عليه من سبع أو غيره ؛ لتسببه في هلاكه بأخذه منه ، (وإن اضطر) إنسان (إلى طعام أو شراب لغير مضطر فطلبه منه فمنعه إياه فمات بذلك ، ضمنه المطلوب منه) ، روي «أن رجلا أتى أهل أبيات فاستسقاهم فلم يسقوه حتى مات ، فاغرمهم عمر الدية » ، حكاه أحمد في رواية ابن منصور وقال : أقول به . قال القاضي وأبو الخطاب في رؤوس مسائله : ولم يعرف له مخالف ؛ ولأنه تسبب إلى هلاكه بمنعه ما يستحقه فضمنه (بديته في ماله) كما لو منعه طعامه حتى هلك ، ولا تحمله العاقلة لأن مانع الطعام تعمد الفعل الذي يقتل مثله غالباً ، وقال القاضي هو على عاقلته لأنه قتل لا يوجب القصاص فيكون شبه عمد ، (وإن لم يطلبه) المضطر ، أي الطعام أو الشراب (منه ، لم يضمنه لأنه لم يمنعه) ، فلم يتسبب إلى هلاكه ، وعلم منه أنه لو كان صاحب الطعام أو الشراب مضطراً وطلبه منه ومنعه فمات ، لم يضمنه لأنه لا يجب عليه بذله إذن ، وكذا إذا خاف أن يضطر كما يأتي في الأطعمة ، (ومن أمكنه إنجاء آدمي أو غيره) كحيوان محترم (من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك ، لم يضمن) لأنه لم يتسبب إلى هلاكه بخلاف التى قبلها ، (ومن أفزع إنساناً أو ضربه فأحدث بغائط أو بول ، ونص) أحمد في رواية ابن منصور (أو ريح فعليه ثلث ديته إن لم يدم) الحدث ؛ لما روي « أن عثمان قضى فيمن ضرب إنساناً حتى أحدث بثلث الدية» ، قال أحمد : لا أعرف شيئا يدفعه ، وقضاء الصحابى بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف ، (فإن دام) الحدث (فيأتى في دية الأعضاء) ومنافعها ، (ولو مات من الإفزاع فعلى الذي أفزعه الضمان تحمله العاقلة بشرطه) الآتى في باب العاقلة أن فيه دية ، (وإذا أكره) إنسان (رجلا) أو امرأة (على قتل إنسان ، فصار الأمر إلى الدية، فهي عليهما) كاشتراكهما في قتله ، (ولو أكره رجل امرأة على الزنا فحملت وماتت في الولادة ، ضمنها) الزانى لموتها بسببه المتعدي به ، (وتحمله العاقلة) لأنه لا يقتل غالباً، (إلا أن لا يثبت ذلك) أي الزنا (إلا باعترافه ، فتكون الدية عليه) في ماله لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف ، (وإن شهد شاهدان على إنسان بقتل عمد فقتل ثم رجعا عن الشهادة لزمهما الضمان في مالهما) ؛ لأنها تعمدا ما يقتل غالباً .



فصل

ومن أدب ولده أو أدب امرأته في النشوز أو أدب

(المعلم صبيه أو) أدب (السلطان رعيته ولم يسرف) الأب أو الزوج أو المعلم أو

السلطان ، (فأفضى) التأديب (إلى تلفه) أي المؤدَّب ، (لم يضمن) المؤدب لأنه مأذون فيه شرعاً ، فلم يضمن ما تلف به كالحد ، (وإن أسرف) في التأديب بأن زاد فوق المعتاد ، (أو زاد على ما يحصل به المقصود ، أو ضرب من لا عقل له من صبي) غير مميز (وغيره) كمجنون ومعتوه ، (ضمن) لأنه غير مأذون في ذلك شرعاً ، (ومن أسقطت بطلب سلطان أو تهديده) سواء كان طلبها (لحق الله تعالى أو) لحق (غيره)، أي لكشف حد الله أو الآدمي ، (أو ماتت بوضعها) من الفزع ، (أو) ماتت من غير وضع (فزعاً ، أو ذهب عقلها من ذلك) أي من الفزع ، (أو استعدى إنسان عليها إلى السلطان) بأن طلب منه إحضارها فأحضرها فحصل لها شيء مما سبق ، (ضمن السلطان ما كان بطلبه ابتداء) ، أما الجنين فلما روي « أن عمر بعث إلى امرأة نفيسة مغنية كان رجل يدخل إليها ، فقالت : ياويلها ! ما لها ولعمر ؟ فبينما هي في الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولدا ، فصاح الصبي صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ فأشار بعضهم أن ليس عليك شيءٌ ، إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فأخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ، إن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته . فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك »، وأما المرأة فلأنها نفس هلكت بإرسال السلطان إليها فضمنها كجنينها ؛ ولأن الهلاك حصل بسببه ، (وضمن المستعدي ما كان بسبب من موتها فزعاً أو إلقاء جنينها) لحصول الهلاك بسببه ، (وظاهره ولو كانت ظلمة)، وهو ظاهر ما سبق في قصة عمر، فإن كان الاستعداء إلى الحاكم فألقت جنينها أو ماتت فزعاً ، فعلى عاقلة المستعدي الضمان إن كان ظلماً ، وإن كانت هي الظالمة فأحضرها عند القاضي وينبغي أن لا يضمنها ، قاله كما في المغني والشرح ، قال ابن قندس : سواء أحضرها بنفسه أو بإذن الحاكم وطلبه وهو ظاهر جداً . انتهى وقيد الاستعداء في المحرر والمبدع بما إذا كان جماعة الشرطة ، وقد أوضحنا الكلام في ذلك في الحاشية ، (كما يضمن) الحاكم (بإسقاطها بتأديب أو قطع يد) في سرقة أو نحوها (لم يأذن سيد فيهما) أي في التأديب وقطع اليد ، قال في المبدع : وإذا أدب حاملا فأسقطت جنيناً ضمن . (أو) أسقطت حامل (لشرب دواء لمرض) فتضمن جنينها لسقوطه بفعلها ، (وإن ماتت حامل أو) مات (حملها من ريح طبخ علم ربه بذلك) أي أنها حامل ، (وكان) ريح الطعام (يقتل الحامل) أو حملها (عادة ، ضمن) ما تلف بذلك لما فيه من الإضرار ، وكذا ريح كبريت ونحوه ، وإن لم يعلم بها رب الطعام فلا إثم ، والضمان كريح الدخان يتضرر به صاحب السعال وضيق النفس ، (ولو أذن السيد في ضرب عبده) ضربا محرماً ، (أو) أذن (الوالد في ضرب ولده) ضرباً محرماً ، (فضربه المأذون له ، ضمنه) إن تلف ؛ لأن المحرمات

لا تستباح بالإذن ، وأما الضرب المباح للتأديب فقد تقدم أول الفصل ، (وإن سلم ولده الصغير أو سلم بالغ عاقل نفسه إلى سابح حاذق ليعلمه السباحة فغرق ، لم يضمنه) السابح ؛ (إذ لم يفرط السابح) ؛ لأنه فعل ما جرت العادة لمصلحته كضرب المعلم الصبي الضرب المعتاد ، وإن قال : سبح عبدي هذا ، فسبحه ثم رقاه ، ثم عاد وحده يسبح فغرق ، فهدر ، وإن استؤجر ليسبحه ويعلمه ومثله لا يغرق غالباً ، ضمنه إن غفل عنه أو لم يشد ما يسبحه عليه شداً جيداً أو جعله في ماء كثير جار أو واقف لا يحمله أو عميق معروف بالغرق ، قاله في الرعاية : (وإن أمر بالغاً عاقلا أن ينزل بئراً أو يصعد شجرة فهلك بذلك ، لم يضمنه) الآمر ، (ولو كان الآمر السلطان) كغيره (كاستئجاره) لذلك ، (أقبضه الأجرة أو لا) ، لأنه لم يجن ولم يتعمد ، (كما لو أذن له) في ذلك (ولم يأمره) به ، (وإن أمر غير مكلف ضمنه) ، لأنه تسبب إلى إتلافه، وقال في المغني والشرح : إذا كان المأمور صغيراً لا يميز فعليه إن كان مميزاً الضمان ، قال في الفروع : ولعل مراد الشيخ ما جرى به عرف وعادة كقرابة وصحبة وتعليم ونحوه فهذا متجه وإلا ضمنه ، وقد كان ابن عباس يلعب مع الصبيان فبعثه النبي ﷺ إلى معاوية ، قال في شرحه : لا يقال هذا تصرف في منفعة الصبي لأنه قدر يسير ورد الشرع بالمسامحة به للحاجة واطرد به العرف وعمل المسلمين . (وإن وضع جرة على سطحه أو حائطه ولو متطرفة ، أو) وضع (حجراً) على سطحه أو حائطه (فرمتها) أي الجرة أو الحجر (الريح على إنسان فقتلته ، أو (رمتها الريح على (شيء) من حيوان أو غيره (فأتلفه ، لم يضمنه) لأن ذلك بغير فعله ووضعه لذلك كان في ملكه ، (ولو دفع الجرة حال نزولها عن وصولها إليه) أو دفع الحجر كذلك ، (لم يضمن) ما تلف به كدفع الصائل ، (وكذا لو تزحزح) عليه شيء (فدفعه) عن نفسه ، لم يضمن ما تلف به . (ولو حالت بهيمة بينه وبين طعامه أو ماله ولا تندفع إلا بقتلها ، لم يضمنها ، وتقدم آخر الغصب) ، لأنه كدفع الصائل . (وإن أخرج جناحاً إلى طريق نافذ) بغير إذن الإمام ، (أو) أخرج (ميزاباً) أو جعل ساباطاً نافذاً بغير إذن الإمام ، (أو) جعل ذلك (في) درب (غير نافذ بغير إذن أهله فسقط على إنسان فأتلفه ، ضمنه) ؛ لأنه تلف بسبب متعد به ، وإن كان بإذن الإمام بلا ضرر أو بإذن أهل غير النافذ فلا ضمان لعدم العدوان ، (وتقدم في الغصب) ، وإن نام على سطحه فهوى سقفه من تحته على قوم ، لزمه المكث ، ولا يضمن ما تلف بسقوطه لأنه ملجأ لم يتسبب ، وإن تلف شيء بدوام لبثه أو بانتقال ضمنه ، ذكره في الفنون ، واختار في التائب العاجز عن مفارقة المعصية في الحال أو العاجز عن إزالة أثرها كمتوسط المكان المغصوب ومتوسط الجرحى ، تصح توبته مع العزم والندم ، وإنه ليس غاصباً ؛ لخروجه من الغصب .

باب
مقادير دية النفس

المقادير جمع مقدار وهو مبلغ الشيء وقدره . (دية الحر المسلم مائة من الإبل أو مائتا بقرة أو ألفا شاة أو ألف مثقال ذهباً أو اثنا عشر ألف درهم فضة من دراهم الإسلام التي كل عشرة منها) أي الدراهم (سبعة مثاقيل) . قال القاضي : لا يختلف المذهب أن أصول الدية الإبل والبقر والغنم والذهب والورق ؛ (فهذه الخمس أصول في الدية) ؛ لما روى عطاء عن جابر قال : « فرض رسول الله ﷺ في الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء ألفي شاة » [1] رواه أبو داود عن عكرمة عن ابن عباس « أن رجلا قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألف درهم » [2] ، وفي كتاب عمرو ابن حزم : « وعلى أهل الذهب ألف دينار » [3] (لا حلل) ؛ فليست أصلا للأخبار ؛ ولأنها تختلف ولا تنضبط ، وعنه أنها أصل وقدرها مائتا حلة من حلل اليمن كل حلة بردان إزار ورداء ، وفي المذهب جديدان ، (فأيها) أي الأصول الخمس (أحضر من لزمته) الدية ، (لزم الولي قبوله) ، سواء كان الجاني من أهل ذلك النوع أو لا ؛ لأنها أصول في قضاء الواجب يجزى واحد منها ، فكانت الخيرة إلى من وجبت عليه كخصال الكفارة ، (فإن كان القتل عمدا أو شبه عمد ، وجبت) الدية (مغلظة أرباعاً ، خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة) رواه سعيد عن بن مسعود ، ورواه الزهري

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الديات : باب فى دية الخطأ .

(٢) الحديث أخرجه الدارمي في السنن ، كتاب الديات : باب كم الدية من الورق ...... ، وأخرجه أبو داود في السنن كتاب الديات : باب الدية كم هى ، الحديث (٤٥٤٦) . وأخرجه الترمذي في السنن ٤/١٢ ، كتاب الديات : باب ما جاء في الدية .. الحديث (١٣٨٨) واللفظ له . وأخرجه النسائي في المجتبى من السنن ٨/٤٤ ، كتاب القسامة : باب ذكر الدية من الورق . وأخرجه ابن ماجة في السنن ٢/٨٧٩ ، كتاب الديات : باب دية الخطأ ، الحديث (٢٦٣٢) .

(٣) كتاب عمرو بن حزم في العقول ، أخرجه مالك في الموطأ ٢/٨٤٩ ، كتاب العقود : باب ذكر العقول، الحديث (١) . وأخرجه الشافعي من طريق مالك في المسند ٢/ ١١٠ ، كتاب الديات ، الحديث (٣٦٩/ ٣٧٢) . وأخرجه الدارمي في السنن ، كتاب الديات : باب كم الدية . وأخرجه النسائي في المجتبي من السنن ، كتاب القسامة : باب ذكر حديث عمرو بن حزم . وأخرجه ابن حبان ذكره الهيثمي في موارد الظمآن ص ٢٠٢ - ٢٠٣ ، كتاب الزكاة : باب فرض الزكاة ، الحديث (٧٩٣) . وأخرجه الحاكم في المستدرك ١/ ٣٩٥ - ٣٩٧ ، كتاب الزكاة : باب زكاة الذهب .

عن السائب بن يزيد مرفوعاً . (وتجب) الدية (في قتل الخطأ مخففة أخماساً : عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة) ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجة عن ابن مسعود مرفوعاً، ورواه الدارقطني وقال : هذا حديث ثابت ، (ذكوراً وإناثاً) ، لعل مراده فيما عدا أولاد المخاض ، (ويؤخذ من البقر النصف مسناة والنصف أتبعة) ؛ لأن ذلك هو العدل لأنه لو أخذ الكل مسناة كان إجحافاً بالجاني ، والعكس فيه إجحاف على المجني عليه ، (و) يؤخذ (من الغنم النصف ثنايا والنصف أجذعة) لما ذكرنا ، ولأن دية الإبل من الأسنان المقدرة في الزكاة . فكذلك البقر والغنم ، (ولا تعتبر القيمة في شيء من ذلك) مما ذكر من الإبل والبقر والغنم ، فلا يعتبر أن تبلغ قيمتها دية النقد (بعد أن يكون) ما ذكر (سليماً من العيوب) ، قلت : قيمته أو كثرت لأنه (صلى الله عليه وسلم) أطلقها ؛ فتقييدها بالقيمة يخالف ظاهر الخبر ، وفي الرعاية لا يجزى مريض ولا عجيف ولا معيب ولا دون دية الأثمان على الأصح فيها من إبل وبقر وغنم وحلل ، (فيؤخذ المتعارف مع التنازع) ؛ لأن ما لا حد له في الشرع يرجع فيه إلى العرف كالقبض والحرز، وهذا في الحلل كما في المقنع على القول بأنها أصل ، فكان الأولى إسقاطه ، وأما الإبل والبقر والغنم فتقدم بيان ما يؤخذ منها . (وتغلظ دية طرف) كدية (قتل) لاتفاقهما في السبب الموجب ، (ولا تغليظ في غير إبل) لعدم وروده ، (والتخفيف في الخطأ من ثلاثة أوجه : الضرب على العاقلة والتأجيل ثلاث سنين) كما يأتي في باب العاقلة ، (ووجوبها) أي الدية (مخمسة) كما سبق ، (وشبه العمد تخفف) الدية (فيه من وجهين : الضرب) للدية (على العاقلة ، والتأجيل بثلاث سنين) كالخطأ ، (وتغلظ من وجه) واحد (وهو التربيع) أي كونها تؤخذ أرباعاً كما تقدم ، (وفي العمد المحض تغلظ بتخصيصها بالجاني وتعجيلها عليه) أي كونها حالة ، (وتبديل التخميس بالتربيع ، فإن لم تمكن قسمة دية الطرف) أو الشجة (مثل أن يوضحه عمداً أو شبه عمد ، فإنه يجب أربعة أرباعاً) أي بنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة ، (و) يجب البعير (الخامس من أحد الأنواع الأربعة قيمته ربع قيمة الأربع) المذكورة كما تقدم في زكاة المال إذا كان من نوعين ، (وإن كان أوضحه خطأ وجبت الخمس من الأنواع الخمسة ، من كل نوع بعير) ابن مخاض وابن لبون وحقة وجذعة ، (وإن كان الواجب دية أنملة) من غير إبهام قطعت عمداً أو شبهه (وجبت ثلاثة أبعرة وثلث) بعير (قيمتها نصف قيمة الأربعة) ، أي بنت اللبون وبنت المخاض والحقة والجذعة (وثلثها) ، أي ثلث قيمة الأربعة لأن نسبة الثلاثة والثلث إلى الأربعة نصف ، وثلث الخمسة ثلثان ، (وإن كان) قطع الأنملة (خطأ ، فيها) ثلاثة أبعرة وثلث قيمتها (ثلثا

قيمة الخمس) ؛ لأن نسبة الثلاثة والثلث إلى الخمسة ثلثان ، (ولا يعتبر في الإبل أن تكون من جنس إبل الجاني ولا) من جنس (إبل بلده) لعموم ما سبق من الأخبار ، (ودية المرأة) مسلمة كانت أو كافرة (نصف دية رجل من أهل ديتها) ، حكاه ابن المنذر، رواه ابن عبد البر إجماعاً لما روى عمرو بن حزم أن النبى ﷺ قال : « فى كتابه دية المرأة نصف دية الرجل » ، لكن حكى عن ابن علية والأصم « أن ديتها كدية الرجل»، ورد (ويساوي جراحها) أي المرأة (جراحه) أي الرجل من أهل ديتها كيف كانا (فيما دون ثلث ديته ، فإذا بلغته) أي الثلث (أو زادت) عليه ، (صارت على النصف) ؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال : « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى تبلغ الثلث من ديتها»[1] رواه النسائي والدارقطنى ، وروى مالك عن ربيعة قال : « قلت لسعيد بن المسيب : كم في أصبع المرأة ؟ قال : عشر من الإبل. قلت : ففي إصبعين ؟ قال : عشرون . قلت : ففي ثلاث أصابع ؟ قال : ثلاثون . قلت : ففي أربع أصابع ؟ قال : عشرون . قلت: لما عظمت مصيبتها قل عقلها ؟ قال : هكذا السنة يا ابن أخي » . (ودية الخنثى المشكل نصف دية رجل ونصف دية أنثى) لأن ميراثه كذلك * لا يقال : الواجب دية أنثى لتيقنها * لأنه يحتمل الذكورية والأنوثية احتمالا متساوياً ، فوجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين ، (ويقاد به) أي الخنثى (الذكر والأنثى ، ويقاد هو بكل واحد منهما) بشرطه ، وتقدم ، (ويساوى) أرش (جراح الذكر فيما دون الثلث) ؛ لأن أدنى حاليه أن يكون امرأة ، وفي جراح يوجب (الثلث) كالجائفة (وما زاد عنه) أي الثلث كاليد (ثلاثة أرباع) أرش (جرح ذكر) ؛ لأن الجرح كالتابع للقتل ، (ودية الذكر الكتابي الحر نصف دية الحر المسلم) لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً قال: « دية الكتابي نصف دية المسلم»، رواه أحمد وأبو داود وحسنه ، (إن كان ذمياً أو معاهداً أو مستأمناً) لاشتراكهم في حقن الدم .. أما الحربي فهدر ، (وجراحاتهم) أي أهل الكتابين (من دياتهم كجراحات المسلمين من دياتهم) لأن الجرح تابع للقتل، (ودية الذكرو الحر المجوسي ثمانمائة درهم) في قول عمر وعثمان وابن مسعود ؛ لما روى عقبة بن عامر مرفوعاً : « دية المجوسي ثمانمائة درهم » رواه ابن عدي ، وطعن فيه بعضهم ، وقوله صلى الله عليه وسلم : «سنوا بهم سنة أهل الكتاب »[2] محمول على أخذ الجزية وحقن الدم ، لا في كل

---

(١) الحديث أخرجه الدارقطنى في السنن (٣/ ٩١) في كتاب الحدود والديات وغيره : باب الحدود والديات وغيره .

(٢) راجع تعليقنا عليه في الكافي بتحقيقنا كتاب الحدود .

شيء ؛ بدليل أن ذبائحهم ونسائهم لا تحل لنا ، (إن كان) المجوسي (ذمياً أو مستأمناً أو معاهداً بدارنا أو غيرها) لحقن دمه بخلاف الحربي ، (وجراح كل واحد معتبرة) بالنسبة (من ديته) لما تقدم ، (وتضعيف دية الكافر على قاتله المسلم عمداً ، ويأتي آخر الباب) موضحاً ، (وأما عبدة الأوثان وسائر من لا كتاب له كالترك ومن عبد ما استحسن فلا دية لهم إذا لم يكن لهم أمان ولا عهد) لأن دماءهم مهدرة إذن ، (فإن كان له أمان فديته دية المجوسي) لأنه كافر لا تحل ذبيحته أشبه المجوسي ، (ومن لم تبلغه الدعوة إن وجد) ، وقد أخبرت عن قوم بآخر بلاد السودان لا يفقهون ما يقال لهم من غيرهم ، وحينئذ فهؤلاء لا تبلغهم الدعوة ، (فلا ضمان فيه إذا لم يكن لهم أمان) لأنه لا عهد له ولا أمان ، فأشبه الحربي ، لكن لا يجوز قتله حتى يدعى ، (فإن كان له أمان فديته دية أهل دينه) لأنه محقون الدم ، (فإن لم يعرف دينه فكمجوسي) لأنه اليقين وما زاد عليه مشكوك فيه . (ودية العبد والأمة قيمتها ولو بلغت) قيمتهما (دية الحر أو زادت عليها) أي على دية الحر لأن القن مال متقوم فيضمن بكمال قيمته كالفرس ، ويخالف الحر فإنه يضمن بما قدره الشارع فلم يتجاوزه ، ولأنه ليس بضمان مال ، ولذلك لم يختلف باختلاف صفته ، وهذا ضمان مال يزيد بزيادة الملكية وينقص بنقصانها فاختلفا . (والمدبر والمكاتب وأم الولد كالقن) وكذا المعلق عتقه بصفة قبل وجودها ؛ لحديث « المكاتب قن ما بقي عليه درهم» ، والباقي بالقياس عليه ، (وفي جراحه) أي القن بسائر أنواعه (إن لم يكن) أرش جراحه مقدرا من الحر (كما لو شجه دون موضحة ما نقصه بعد التئام الجرح) أي برئه ، (ولو زاد) ذلك (على أرش الموضحة) لأن الموجب إنما أوجب جبراً لما فات ، وبذلك ينجبر ، (وإن كان) أرش الجرح (مقدراً من الحر) كالموضحة واليد (فهو مقدر من العبد منسوب إلى قيمته) ؛ لأن قيمته كدية الحر ، (ففي يده) أي القن (نصف قيمته ، وفي موضحته نصف عشر قيمته نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر) منه ؛ لأنه ساوى الحر في ضمان الجناية بالقصاص والكفارة فساواه في اعتبار ما دون النفس كالرجل والمرأة . (ومن نصفه حر) ونصفه رقيق ، (فعلى قاتله نصف دية حر ونصف قيمته إذا كان) القتل (عمداً) لأنه لاتحمله العاقلة ، (وإن كان) القتل (غيره) أي غير عمد بأن كان خطأ أو شبه عمد ، (ففي ماله نصف قيمته) لأنها لا تحملها العاقلة ، (ونصف الدية على العاقلة ، وكذا الحكم في جراحه) ، أي المبعض (إن كان قدر الدية من أرشها يبلغ ثلث الدية مثل أن يقطع أنفه أو يديه) أو رجليه أو ذكره أو خصيتيه فعلى العاقلة نصف دية ذلك إن كان خطأ أو شبه عمد ، (وإن قطع إحدى يديه فـ)ـعليه (ربع الدية وربع قيمته ، ويكون) الجميع على الجاني ؛ لأن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث ولا القيمة، (وإن قطع) الجاني

(خصيتيه ، أو) قطع (أنفه ، أو قطع) أذنيه ، لزمته قيمته للسيد لأن القيمة بدل عن الدية في الأعضاء المملوكة للسيد (ولم يزل ملك السيد عنه) لأنه لم يوجد سبب يقتضي الزوال فوجب بقاؤه على ملكه عملا باستصحاب الحال ، لأن قطع بعض أعضائه بمنزلة تلف بعض ماله ، (وإن قطع) الجاني (ذكره) أي القن (ثم خصاه ، لزمته قيمته لقطع الذكر) لأن الواجب في غير ذلك من الحر دية كاملة ، (و) لزمه (قيمته مقطوع الذكر) ؛ لأن الواجب في قطع الخصيتين من الحر بعد الذكر دية كاملة ، واعتبر مقطوع الذكر اعتباراً بحال الجناية عليهما (وملك سيده باق عليه) لما مر، وفي سمعه وبصره قيمتاه، وكذا أنفه وأذناه مع بقاء ملك السيد ، (والأمة كالعبد) والصغير كالكبير فيما تقدم ، (وإن بلغت جراحتها) أي الأمة (ثلث قيمتها لم ترد إلى النصف) بخلاف الحرة ؛ (لأن ذلك) أي الرد إلى النصف (في الحرة على خلاف الأصل) ، فلا يقاس عليه .



« فصل في دية الجنين »[1]

أي الولد في البطن من الاجتنان وهو الستر لأنه أجنه بطن أمه أي ستره ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وإذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم ﴾[2] ، (الحر المسلم إذا سقط) كله (ميتاً بجناية) أو فزع إذا طلبها السلطان ، أو من ريح طعام مع علم ربه ، وتقدم (عمداً) كانت الجناية (أو خطأ أو ظهر بعضه) ولم يخرج باقية ففيه الغرة ، (أو ألقته حياً لدون ستة أشهر) لأن العادة لم تجر بجنايته ، (أو ألقت) الحامل المجنى عليها (يداً أو رجلاً أو رأساً أو جزءاً من أجزاء الآدمي) كأذن وأصبع ، وسواء كان سقوطه (في حياة أمه أو بعد موتها ، أو ألقت) المجنى عليها (ما تصير به الأمة أم ولد) ، وهو ما تبين فيه خلق إنسان ، ولو خفيا بجناية أو في معناها (غرة) أي دية الجنين فيما ذكر غرة (عبد أو أمة) ؛ لقضائه صلى الله عليه وسلم بذلك كما رواه الشيخان ، والأحسن تنوين غرة وعبد أو أمة بدل ، وتجوز الإضافة على تأويل إضافة الجنس إلى النوع ، كشجر أراك، وسميت بذلك لأنهما من أنفس الأموال * والأصل في الغرة الخيار ، وأصلها البياض في وجه الفرس ، وليس البياض في العبد أو الأمة شرطاً عند الفقهاء ، (قيمتها) أي الغرة (خمس من الإبل) ، روى عن عمر وزيد لأن ذلك أقل ما قدره الشرع في الجناية وهو أرش الموضحة فرددناه إليه ، وأما الأنملة فوجبت ديتها بالحساب من دية الأصبع ، وإذا اختلفت قيمة الإبل ونصف عشر الدية من غيرها فظاهر الخرقي أنها تقوم

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح ، وليس موجوداً في أى من النسخ .

(٢) سورة النجم الآية : ٣٢ .

بالإبل لأنها الأصل . وقال غيره : تقوم بالذهب أو الورق فتجعل قيمتها خمسين ديناراً أو ستمائة درهم ، (ذكراً كان) الجنين (أو أنثى) لعموم الأخبار (وهو) أي ما ذكره من الخمس من الإبل (عشر دية أمه) الحرة المسلمة ، وتأتي محترزات ما سبق في كلامه، وقوله : (من ضربة أو دواء أو غيره) ، كفزعها للاستعداء عليها أو شم ريح طعام - على ما تقدم متعلق بسقط ، (ولو) كان سقوط الجنين (بفعلها) أي فعل أمه بأن شربت دواء فألقت جنينها فعليها الغرة ، (ويعلم ذلك) أي أن سقوطه بالجناية (أي بأن يسقط عقب الضرب أو تبقى) أمه (متألمة إلى أن يسقط) ؛ لأن الظاهر إذن سقوطه بسبب الضرب ، (وإن ألقته) بجناية (رأسين أو أربع أيد) أو أرجل ، (لم يجب أكثر من غرة لأنه يجوز أن يكون) ذلك (من جنين واحد ، وما زاد مشكوك فيه) فلم يجب به شيء ، (وإن دفع بدل الغرة دراهم أو غيرها) من أحد الأصول أو غيرها، (ورضي المدفوع إليه جاز) ، لأن الحق لا يعدوهما ، وإن أبى أحدهما لم يجبره لأنه معاوضة فلا تصح بغير الرضا . (ولو قتل حاملا ولم تسقط جنينها) فلا شيء فيه ؛ لأنه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه ، (أو ضرب من في جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة وأذهبها) فلا شيء فيه لما مر ، بل هنا أولى للشك ، (أو أسقطت ما ليس فيه صورة آدمي أو ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل أنه مبدأ خلق آدمي لو بقي تصور) آدميا ، فلا شيء فيه لأنه ليس بولد ، (أو ضرب بطن حربية) حامل ، (أو) بطن (مرتدة حامل فأسلمت ثم وضعت جنيناً ميتاً ، فلا شيء فيه) ، لأنه لم يحصل منه جناية عليها حين عصمتها ، (وإن شهدت) أي الثقات من القوابل ، ولعل المراد واحدة (أن فيه صورة) خفية ، (ففيه غرة)؛ لأنه مما لا يطلع عليه الرجل غالباً ، (وإذا كان أبوا الجنين كتابيين فغرته نصف قيمة غرة المسلم) كما أن أصله كذلك ، (وقيمته غرة جنين المجوسية أربعون درهماً) لأن ذلك عشر دية أمه ، (فإن تعذر وجود غرة بهذه الدراهم) لورثة الجنين كما لو تعذرت غرة المسلم ، (وإن لم يجد الغرة وجبت قيمتها من أحد الأصول في الدية ؛ لأن الخيرة للجاني في دفع ما شاء من الأصول) الخمسة .

★ ★ ★

« فصل في ميراث دية الجنين »[1]

والغرة موروثة عنه ، أي الجنين ، (كأنه سقط حياً) ؛ لأنها دية آدمي حر ؛ فوجب أن تكون موروثة عنه كما لو ولدته حياً ثم مات ، وقال الليث : هي لأمه ولا يورث عنه غيرها . (يرثها) أي الغرة ، (ورثته) أي الجنين ، (فلا يرث منها قاتل ولا رقيق) لقيام المانع وهو القتل أو الرق ، (يرث عصبة سيد قاتل جنين معتقته) ، أي لو ضرب السيد

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح ، وليس موجوداً في أى من النسخ .

بطن عتيقته فأسقطت جنينها ، كان عليه غرة ترثها أم الجنين ، وعصبة السيد دونه لأنه قاتل . وكذا لو ضرب بطن أم ولده الحامل منه ، و (لا) غرة عليه في (جنين أمته) إذا ضربها فأسقطته ؛ لأنه ملكه ، (إلا أن يكون) جنين أمته (حراً) ، فعليه غرة لورثة الجنين ، (فإن أسقطته ميتاً ثم ماتت) أمه الحرة ، (ورثت نصيبها من الغرة) لتأخر حياتها ، (ثم يرثها) أي حصتها (ورثتها) كسائر مالها ، (وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتاً ، لم يرث أحدهما صاحبه) لموتها قبله فلا ترثه ، ولعدم استهلاله لا يرثها ، (وإن خرج) الجنين (حياً) لوقت يعيش لمثله ، (ثم ماتت قبله ، ثم مات) ورثها لتأخر حياته ، (أو ماتت ثم خرج) الجنين (حياً ثم مات ، ورثها) لتأخر حياته ، (ثم يرثه ورثته ، وإن اختلف ورثتهما) أي المرأة وجنينها (وفي أولهما موتاً ، فلهما حكم الغرقى) ، وتقدم ، (وإن ألقت) مجنى عليها (جنيناً ميتاً أو حياً ثم ماتت ثم ألقت آخر حياً . ففي الميت غرة) لما سبق، (وفي الحي الأول) إن مات بسبب الجناية، (دية إن كان سقوطه لوقت يعيش مثله) فيه وهو ستة أشهر فأكثر ، (ويرثهما) أي المرأة وجنينها (الحي الآخر ، ثم يرثه ورثته إن مات ، وإن كانت الأم ماتت بعد الأول وقبل الثاني ، ورثت الأم الجنين الثاني من دية الأول) لتأخر حياتهما عنه ، (ثم إذا ماتت الأم) قبل الثاني (ورثها الثاني) لأنه ابنها ، (ثم يصير ميراثه لورثته) إن مات ، (فإن ماتت الأم بعدهما) أي بعد الجنينين (ورثتهما) أي ورثت منهما (جميعاً) ، سواء ماتا معاً أو مرتبين . (وإن ضرب) الجاني (بطنها فألقت أجنة) اثنين فأكثر ، (ففي كل واحد غرة) كما لو قتل اثنين فأكثر ، ولا تداخل لأنها حقوق لآدمي أشبهت الديون، (وإن ألقتهم) أي الأجنة (أحياء لوقت يعيشون لمثله ثم ماتوا) بسبب جنايته ، (ففي كل واحد منهم دية كاملة) كما لو كانت الجناية عليهم بعد ولادتهم أحياء، (وإن كانت أم الجنين أمة وهو حر) ففيه غرة قيمتها خمس من الإبل ، (فتقدر) أمه (حرة) لتكون بصفة الجنين ، (أو كانت) أم الجنين (ذمية حاملا من ذمي ومات) الذمي بدار الإسلام ، ثم جنى على أمه فأسقطته ، ففيه غرة لأنه مسلم (على أصلنا) أي قاعدة مذهبنا إن مات بدار الإسلام وله ولد غير بالغ فهو مسلم تبعاً للدار ، (فتقدر) الذمية (مسلمة) اعتباراً بصفة الجنين ، (ولا يقبل في الغرة خنثى ولا خصي ونحوه) كموجوء الخصيتين ومسلولهما لأنه عيب ، (وإن كثرت قيمته ولا معيب يرد في البيع ولا هدمة) لأن الغرة بدل فاعتبرت فيها السلامة كإبل الصدقة بخلاف الكفارة فإنها خيار ، (ولا من له دون سبع سنين) لأنه محتاج إلى من يكفله ، (بل) يقبل فيها (من له سبع) سنين (فأكثر ولو جاوز خمس عشرة سنة ، أو) كان (أسود ، كأبيض) لعموم الأخبار .

« فصل في دية الجنين المملوك »[1]

وإن كان الجنين مملوكاً ففيه عشر قيمة أمه يوم الجناية ؛ لأنه جنين آدمية ، وقيمة الأمة بمنزلته دية الحرة كما تقدم ، ولأنه جزء منها فقدر بدله من قيمتها كسائر أعضائها (نقداً) لأنه قيم المتلفات المتقومة ، (ومع سلامته) أي جنين الأمة (من العيب) (وعيبها تعتبر) الأمة (سليمة) ، ويؤخذ عشر قيمتها اعتباراً بوصفه ، (ولو كانت أمه) أي الجنين الرقيق (حرة ، فتقدر أمة ويؤخذ عشر قيمتها نقداً) اعتباراً بحال الجنين ، (ولا يجب مع الغرة ضمان نقص الأم) لأنها جناية واحدة فلا توجب أرشين (وولد المدبرة ، و) ولد (المكاتبة ، و) ولد (المعلق عتقها بصفة) قبل وجودها ، (و) ولد (أم الولد إذا حملت) كل من المذكورات (من غير سيدها من غير من يعتق عليه) بخلاف نحو أخيه فإن ولده يعتق على السيد لأنه رحم محرم ، (له حكم ولد الأمة لأنه مملوك) تبعاً لأمه حيث لا شرط ولا غرر ، (وجنين معتق بعضها بالحساب) فإذا كان نصفها حراً فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته ، وفي النصف الباقي نصف عشر قيمة أمه لسيده ، (وإذا سقط جنين ذمية قد وطئها مسلم وذمي في طهر واحد ، وجب فيه ما في الجنين الذمي) لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه ، (فإن ألحق بعد ذلك بالمسلم ، فعليه) أى الجاني (تمام الغرة) لاتضاح الحال ، (وإن ادعت نصرانية) ويهودية أو غيرها من الكوافر ، (أو) ادعى (ورثتها أن جنينها من مسلم من وطء شبهة أو زنا ، فإن اعترف الجاني) بذلك (فعليه غرة كاملة) مؤاخذة له بإقراره (وإن اعترفت العاقلة أيضاً وكان مما تحمله) العاقلة بأن كانت الجناية غير عمد ومات مع أمه أو بعدها ، (فالغرة عليها) أي العاقلة لاعترافها ، (وتحلف) العاقلة (مع الإنكار) أنه من مسلم ، (وعليها ما في جنين الذميين، والباقي على الجاني) إن اعترف لثبوته باعترافه ، (وإن اعترفت العاقلة دون الجاني ، فالغرة عليها مع دية أمه) حيث مات بعدها أو معها بجناية واحدة ، (وإن أنكر الجاني والعاقلة) أنه من مسلم ، فالقول قولهم مع إيمانهم أنا لا نعلم أن هذا الجنين من مسلم ، ووجبت دية ذمي) وهي غرة قيمتها عشر دية أمه على ذلك الدين عملا بالظاهر ، (ولا يلزمهم اليمين على البت) أي أن هذا من مسلم لأنه ليس من فعلهم ، (وإن كان) ما وجب في الجنين (مالا تحمله العاقلة) لكونه دون ثلث الدية ومات قبل أمه أو بجناية منفردة ، (فقول الجاني وحده مع يمينه) لأنه الخصم فيه دون العاقلة ، (ولو كانت النصرانية امرأة مسلم) أو سريته (فادعى الجاني أن الجنين من ذمى بشبهة أو زنا) وأنكر ورثة الجنين ، (فقول ورثة الجنين) مع يمينهم ؛ لأن الجنين محكوم بإسلامه ؛ فإن الولد للفراش .

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح ، وليس موجوداً فى أى من النسخ .

« فصل في حكم سقط الأمة المشركة »[1]

وإذا كانت الأمة بين شريكين فحملت بمملوكين فضربها أحدهما فأسقطت ، فعليه كفارة لأنه أتلف آدمياً ، و (ضمن) الضارب (لشريكه نصف عشر قيمة أمه) كما لو كان غيرهما ، (ويسقط ضمان) نصيبه (نفسه) لأن الإنسان لا يضمن ماله لنفسه ، (وإن أعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسراً) بقيمة حصة شريكه (ثم أسقطت ، عتق نصيبه منها ومن ولدها) بمجرد العتق ، (وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الأم) لأن له نصف جنينها ، (ولا يجب عليه) أي الضارب (ضمان ما أعتقه) للورثة ؛ لأنه لم يوجد منه بعد العتق جناية ، وقبل العتق كان مملوكه ، (وإن كان) الضارب (موسراً ، سرى العتق إليها وإلى جنينها) ، وعليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه ، ولا يضمن أمه لأنه قد ضمنها بإعتاقها فلا يضمنها بتلفها ، (وإن ضرب غير سيد بطن أمة فعتقت مع جنينها) بأن كان عتقها معلقا على صفة فوجدت أو نجز السيد عتقها ، (أو عتق) الجنين (وحده) بأن أعتقه مالكه (ثم أسقطت ، ففيه غرة) لأنه سقط حراً ، والعبرة بحال السقوط لأنه قبل ذلك لا يحكم فيه بشيء ، (وإن كان الجنين) حراً (محكوماً بكفره ففيه غرة قيمتها عشر دية أمه) ، وتقدم (وإن كان أحد أبويه كتابياً والآخر مجوسياً اعتبر أكثرهما دية من أب أو أم وأخذ غرة) قيمتها عشر (لدية) أي دية أمه أو كانت على الدين الأكثر دية لأن الولد يتبع أشرف أبويه ديناً ، (وإن سقط الجنين حياً ثم مات ففيه دية حرٍ إن كان حراً) ذكراً إن كان ذكراً أو أنثى إن كان أنثى ، (أو قيمته إن كان مملوكاً إذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله وهو أن تضعه لستة أشهر فصاعداً إذا ثبتت حياته باستهلاله) أي صراخه (أو ارتضاعه أو تنفسه أو عطاسه أو غير ذلك مما تعلم به حياته) لأنه قد يتحرك بالاختلاج وسبب آخر وهو خروجه من مضيق فإن اللحم يختلج سيما إذا عصر ثم نزل فلم تثبت بذلك حياته ، (و) إن سقط حياً (لدون ستة أشهر فحكمه حكم الميتة) لأنه لا حياة فيه ويجوز بقاؤها أشبه الميت ، (وإن ألقته حيا فجاء آخر فقتله وكانت فيه حياة مستقرة فعلى الثاني القصاص إذا كان) قتله (عمداً) لأنه القاتل ، (أو الدية كاملة) مع العفو ، وفي الخطأ وشبه العمد فالدية على العاقلة (إذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله) وإلا فهو كالجاني على ميت يعزر فقط والغرة على الأول ، (وإن لم تكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الأول وعليه الدية كاملة ، ويؤدب الثاني) كالجاني على ميت ، (وإن بقي الجنين) بعد الوضع (حياً وبقي زمناً سالماً لا ألم به ، لم يضمنه الضارب لأن الظاهر

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح ، وليس موجوداً فى أى من النسخ .

أنه لم يمت من جنايته ، وإن اختلفا) أي الجاني ووارث الجنين (في خروجه حياً فقول جان مع يمينه) ؛ لأنه لم يخرج حياً ؛ لأن الأصل براءة ذمته من الدية الكاملة ، وإن كان ثم بينة عمل بها .

★ ★ ★

فصل

وإن ادعت امرأة على آخر

(أنه ضربها فأسقطت جنينها فأنكر) الضرب ، (فالقول قوله) بيمينه لأن الأصل عدمه ، (وإن أقر) بالضرب (أو ثبت ببينة أنه ضربها وأنكر إسقاطها فقوله أيضا مع يمينه أنه لا يعلم إسقاطها) لا على البت لأنها يمين على فعل الغير والأصل عدمه، (وإن ثبت الإسقاط والضرب وادعى أنها أسقطته من غير ضرب وأنكرته ، فإن كانت أسقطته عقب ضربها فـ)ـالقول (قولها) بيمينها لأن الظاهر أنه من الضرب لوجوده عقبه مع صلاحيته لأن يكون سبباً له، (وإن ادعى أنها ضربت نفسها أو شربت دواء أسقطت منه فقولها) ولأن الأصل عدمه ، (وإن أسقطت بعد الضرب بأيام وبقيت سالمة إلى حين الإسقاط فقولها أيضاً) لأنه الظاهر، (وإن لم تكن سالمة فقوله) بيمينه (كما لو ضرب إنساناً فلم يبق متألماً ولا ضمنا ومات بعد أيام) لم يضمنه الضارب لأن الأصل براءته ولم يتحقق موته بجنايته ، (وإن اختلف في وجود التألم) بأن قالت : بقيت متألمة إلى الإسقاط ، وأنكر الجاني ، (فقوله) بيمينه لادعائه الأصل ، (وإن تألمت في بعض المدة فادعى) الجاني (برأها) فأنكرته (فقولها) لأن الأصل عدمه ، (وإن قالت : سقط حياً) لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة ، (وقال) سقط ميتاً ففيه غرة (فقوله) بيمينه لأن الأصل براءته من الدية ، (وإن ثبتت حياته) أي ما ولدته ، (وقالت) ولدته (لوقت يعيش لمثله وأنكر)ها الجاني (فقولها) مع يمينها ؛ لأن ذلك لا يعلم إلا من جهتها ولا يمكن إقامة البينة عليه فقبل قولها فيه كانقضاء عدتها ووجود حيضها وطهرها، (وإن أقامت بينة باستهلاله ، وأقام) الجاني (بينة بخلافها قدمت بينتها) لأنها ثبتت ومعها زيادة علم ، (وإن قالت : مات) الولد (عقب الإسقاط ، وقال) الجاني (عاش مدة) ثم مات بعد ذلك بغير الجناية (فقولها) بيمينها اعتباراً بالسبب الظاهر ، (ومع التعارض) بأن أقام كل منهما بينة بدعواه تقدم بينتها لأنها معها زيادة علم ، (وإن ثبت أنه عاش مدة فقالت المرأة : بقي متألماً حتى مات فأنكر فقوله) بيمينه لأن الأصل عدم التألم ، (ومع التعارض تقدم بينتها) لأن معها زيادة علم ، (ويقبل في استهلال الجنين و) في (سقوطه و) في (بقائه) متألماً (أو بقاء أمه متألمة قول امرأة عدل) لأنه مما لا

يطلع عليه الرجل غالباً ، (وإن اعترف الجاني باستهلاله أو ما يوجب فيه دية كاملة ، فالدية في ماله) أي الجاني لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً ، (وإن كان مما تحمل العاقلة فيه الغرة) لِكونه مات مع أمه أو بعدها بجناية واحدة ، (فهي) أي الغرة (على العاقلة ، وباقي الدية في مال القاتل) لأنها لا تحمل الاعتراف ، (وكل من قلنا : القول قوله ، فـ)ـهو (مع يمينه) كما سبق ؛ لاحتمال صدق خصمه .

★ ★ ★

فصل

وإن انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما

ومات وسقط الآخر ميتاً واتفقوا على ذلك أي استهلال أحدهما ، (واختلفوا في المستهل ، فقال الجاني : هو الأنثى ، وقال وارث الجنين : هو الذكر ، فقول الجاني) بيمينه ؛ لأن الأصل براءته مما زاد عن دية الأنثى ، (وإن كان لأحدهما بينة قدم بها) لأن البينة تظهر الحق وتبينه ، (وإن كان لهما بينتان وجبت دية الذكر) لثبوت استهلاله، والبينة المعارضة لها نافية ، ولم تجب دية الانثى لعدم ادعاء وارثها إياها ، (وإن) لم تكن بينة و (اعترف الجاني باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة) استهلاله (فقولهم) لأن الأصل براءتهم ، (فإذا حلفوا كان عليهم دية الأنثى) لاعترافهم باستهلالها ، (وعلى الجاني تمام دية الذكر وهو نصف الدية) مؤاخذة له باعترافه ، (وإن اتفقوا) على أن أحدهما استهل (ولم يعرف لزم) العاقلة (دية أنثى) ؛ لأنها اليقين ، وما زاد مشكوك فيه ، (وتجب الغرة في الذي لم يستهل) منهما بكل حال ، (وإن ضربها) الجاني (فألقت يداً ثم ألقت جنيناً ، فإن كان إلقاؤهما متقارباً وبقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته ، دخلت) دية (اليد في ضمان الجنين) لأن الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه ، (ثم إن كان) الجنين (سقط ميتاً أو حياً لوقت لا يعيش لمثله ، ففيه غرة) لما مر ، (وإلا) إن سقط حياً لوقت يعيش لمثله (فدية كاملة) ؛ لما سبق ، (وإن بقي حياً لم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها) كما لو جنى على إنسان فقطع يده ، (وإن ألقت اليد وزال الألم ثم ألقت الجنين ، ضمن اليد وحدها) لسقوطها بسبب جنايته بخلاف الجنين ، (ثم إن ألقته ميتاً أو حياً لوقت لا يعيش لمثله ، ففي اليد نصف غرة) لأن الجنين لو كان مضموناً إذن كان فيه غرة ، وفي اليد نصف دية النفس ، (وإن ألقته) بعد إلقاء اليد (حياً لوقت يعيش لمثله ثم مات ، أو عاش وكان بين إلقاء اليد وإلقائه مدة يحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيه) أي الجنين (قبلها ، فإن قلن أي القوابل : أنها يد من لم تخلق فيه الحياة أو يد من خلقت فيه) الحياة ، (ولم يمض له ستة أشهر) وجب في اليد نصف الغرة لأنها نصف ما يجب في الجنين إذن ، (أو

أشكل الحال) عليهن (وجب نصف غرة) ؛ لأنه يقين ، وما زاد مشكوك فيه * قلت : وهذا لا يعارض ما تقدم أول الفصول : إذا ألقت يداً أو نحوها فيها غرة ؛ لأن ذاك محله إذا انفردت ، وما هنا إذا كانت مع جنين . (وإذا شربت الحامل دواء فألقت به جنيناً فعليها غرة لا ترث منها) شيئاً ؛ (لأنها قاتلة) لجنينها ، (وإن جني على بهيمة فألقت جنينها ، ففيه ما نقصها) ؛ لأنه إنما يجب بالجناية عليها نقصها ، فكذا في جنينها .



فصل
وتغلظ دية النفس لا الطرف

خلافاً للمغنى والشرح ، (في قتل الخطأ فقط) لا عمد ، وقال القاضي : قياس المذهب : أو عمداً . (في ثلاثة مواضع) أحدها (حرم مكة) دون المدينة (و) الثاني (إحرام ، و) الثالث (أشهر حرم فقط) دون الرحم ولو محرماً خلافاً لأبى بكر والقاضي وأصحابه ، (فيزاد لكل واحد) من الثلاثة (ثلث الدية) ؛ لما روى « أن امرأة وطئت في طواف فقضى عثمان فيها بستة آلاف وألفين » تغليظاً للحرم ، وعن ابن عباس « أن رجلا قتل رجلا في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال : ديته اثنا عشر ألفا، وللشهر الحرام أربعة آلاف ، وللبلد الحرام أربعة آلاف » ، (فإن اجتمعت هذه الحرمات الثلاث وجب ديتان) لأن القتل يجب به دية ، وقد تكرر التغليظ ثلاث مرات فوجب به دية أخرى ، (وظاهر كلام الخرقي أنها) أي الدية (لا تغلظ لذلك ، وهو ظاهر الآية) وهيَ قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خطأً فَتَحرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسلَمَةٌ إلى أهْلِهِ ﴾ [1] وهذا يقتضي أن تكون الدية واحدة في كل مكان وعلى كل حال ، (و) هو ظاهر (الأخبار) ، منها قوله صلى الله عليه وسلم : « فى النفس المؤمنة مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف مثقال » ، وروى الجورجاني عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء فكان مما أحيا من تلك السنن أنه لا تغليظ ، قال ابن المنذر : ليس بثابت ما روى عن الصحابة في هذا ، ولو صح ففعل عمر من حديث قتادة أولى فيقدم على من خالفه ، وهو أصح في الرواية مع موافقة الكتاب والسنة والقياس ، (واختاره جمع) منهم الموفق ونص في الشرح ، وذكر ابن رزين أنه الأظهر ، وهو ظاهر كلامه في الوجيز ؛ فإنه لم يذكر التغليظ ، (وإن قتل مسلم كافراً كتابياً أو غيره حيث حقن دمه) بأن كان له أمان (عمداً أضعفت الدية على قاتله لإزالة القود) لأن المسلم لا يقتل بالكافر، والقود شرع زجراً عن تعاطى القتل ، حكم به عثمان كما رواه أحمد ، (وإن قتله)

---

(١) سورة النساء الآية : ٩٢

أي الكافر (ذمي أو قتل الذمي مسلماً لم تضعف الدية عليه) للتمكن من القود ، (وإن جنى رقيق خطأ أو عمداً لا قود فيه) كالجائفة والمأمونة ، (أو) عمداً (فيه قود واختير المال ، أو أتلف) القن (مالا) وكانت الجناية أو الإتلاف (بغير إذن سيده ، تعلق ذلك) الواجب بالجناية أو الإتلاف (برقبته) لأنه لا يمكن تعلقها بذمته ؛ لأنه يفضي إلى إلغائها أو تأخير حق المجنى عليه إلى غير غاية ، ولا بذمة السيد لأنه لم يجن ، فتعين تعلقها برقبة العبد كالقصاص ، (فيخير سيده بين أن يفديه بأرش جنايته) أو قيمة متلفه إن كان أقل من قيمته ، (أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه أو يبيعه ويدفع ثمنه) لولي الجناية ومالك المتلف ؛ لأنه إن أدى قيمته فقد أدى عوض المحل الذي تعلقت به الجناية ، وإن باعه أو سلمه لوليها فقد دفع المحل الذي تعلقت به الجناية ، (فإن كانت الجناية) أي أرشها (أكثر من قيمته لم يكن على السيد أكثر من قيمته) ؛ لأن حق المجني عليه لا يتعلق بغير رقبة الجاني فلم يكن على سيده سوى قيمته ، (إلا أن يكون) السيد (أمره بالجناية أو أذن له) أي العبد (فيها ، فيلزمه) أي السيد (الأرش كله) كما لو استدان بإذن سيده ، (فلو أمره) السيد (أن يقطع يد حر) وفعل ، (فعلى السيد دية يد الحر ، وإن كانت) دية اليد (أكثر من قيمة العبد) لأمره له بالقطع ، (وكذا لو أمره) السيد (أن يجرحه) أي الحر وجرحه فإنه يلزم السيد أرش الجرح ، وإن كان أكثر من قيمة العبد ، (ولو قتل العبد) الذي تعلق الأرش برقبته (أجنبي تعلق الحق بقيمته ، جزم به) القاضي (في المحرر واختاره أبو بكر) ؛ لأن قيمته بدله فتحول التعلق إليها كقيمة الرهن لو أتلف ، (والمطالبة للسيد) أي مطالبة المجنى عليه على السيد ، (والسيد يطالب الجاني) على العبد (بالقيمة) ، فإن شاء وفي منها ، وإن شاء وفي من غيرها لأنها بمنزلة العبد الجاني لأنها بدله ، (وإن سلم) القنَّ (الجانيَ سيدُهُ فأبى ولي الجناية قبوله وقال : بعه أنت وادفع ثمنه إلى ، لم يلزمه) أي لم يلزم السيد بيعه لأن حق المجني عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد سلمها ، (ويبيعه الحاكم) ويدفع ثمنه في أرش الجناية لأن له ولاية على الممتنع ، (وإن فضل عن ثمنه) أي القن (شيء من أرش الجناية فهو) أي الفضل (للسيد) لأن أرش الجناية هو الواجب للمجنى عليه فليس له أكثر منه ، (وللسيد التصرف فيه) أي القن الجاني (بعتق وغيره) كوقف وهبة وبيع ولو بغير إذن المجنى عليه لأنه ملكه كتصرف الوارث في التركة مع دين ، (وينفذ عتقه) أو عتق السيد القن الجاني (علم بالجناية أو لم يعلم) بها لأنه عتق من مالك جائز التصرف فنفذ كغير الجاني ، (ويضمن) السيد (إذا أعتقه ما يلزمه من ضمانه إذا امتنع من تسليمه قبل عتقه) وهو أقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية إذا لم تكن بأمر السيد أو إذنه لأنه إن دفع الأرش فهو الذي وجب للمجنى عليه فلم يملك المطالبة بأكثر منه ،

وإن أدى قيمة القن فقد أدى بدل المحل الذي تعلقت به الجناية وهو قيمة الجاني ، (وإن باعه) السيد (أو وهبه صح) البيع أو الهبة لأنه عقد من جائز التصرف فنفذ كغيره (ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته) إن كان البائع معسراً لسبق حق المجنى عليه ، أما إن كان موسراً فيطالب البائع أو الواهب كما تقدم في البيع ولا ، خيار للمشتري ، (فإن كان المشتري) للجاني (عالما بحاله) أي بأنه جنى جناية تعلق أرشها برقبته (فلا خيار له) لدخوله على بصيرة ، (وينتقل الخيار في فدائه وتسليمه إليه كالسيد الأول) لأنه مالكه إذن ، (وإن لم يعلم) المشتري بحاله (فله الخيار بين إمساكه ورده) على بائعه لأن تعلق الجناية برقبته مع إعسار بائعه عيب كما تقدم ، (وإن جنى الرقيق عمدا فعفا الولي عن القصاص على رقبته) أي الجاني (لم يملكه بغير رضا سيده) لأنه إذا لم يملكه بالجناية فلأن لا يملكه بالعفو أولى ولأنه إذا عفا عن القصاص انتقل حقه إلى المال فصار كالجناية ، (وإن جنى) القن (على اثنين فأكثر خطأ) أو عمدا لا يوجب قوداً أو عمداً يوجبه وعفواً إلى المال وكذا لو أتلف مالا لاثنين فأكثر ، (اشتركوا فيه بالحصص) سواء كان ذلك في وقت أو أوقات لأنهم تساووا في سبب تعلق الحق به فتساووا في الاستحقاق كما لو جنى عليهم دفعة واحدة ، (فإذا عفا أحدهم) عما وجب به ، (أو مات المجنى عليه فعفا بعض ورثته تعلق حق الباقين بكل العبد) الجاني لأن سبب استحقاقه موجود ، وإنما امتنع ذلك لمزاحمة الآخر وقد زال المزاحم ، (وشراء ولي القود الجاني عفو عنه) فظاهره لو ملكه بإرث أو هبة أو نحوه لا يكون عفواً * قلت : ينبغي أن يكون دخوله في ملكه باختياره كالبيع بخلاف الإرث ، (وإن جرح العبد حراً فعفا) الحر (عنه) أي العبد (ثم مات) الحر من الجراحة ولا مال له وفرض أن (قيمة العبد عشر دية الحر واختار السيد فداءه بقيمته ، صح العفو في ثلث ما مات) العافي (عنه ، والثلثان للورثة) حيث لم يجيزوا عفوه في الكل ، وإن كانت الجناية بأمر السيد أو إذنه فرد نصف دية المجنى عليه على قيمة الجاني ويفديه سيده بنسبة القيمة من المبلغ ، (ولو أن عشرة أعبد قتلوا عبداً عمداً فعليهم القصاص) كقتل الأحرار لحر ، (فإن اختار السيد قتلهم فله ذلك ، وإن عفا) سيد المقتول (إلى مال ، تعلقت قيمة عبده برقابهم على كل واحد منه) أي من العبيد العشرة القاتلين (عشرها يباع منه بقدرها أو يفديه سيده) بقدر العشر كما توزع دية الحر على قاتليه ، (فإن اختار) سيد المقتول (قتل بعضهم والعفو عن بعض فله ذلك) لأن الحق له ، (وإن قتل عبد عبدين لرجلين) واحداً بعد واحد ، (قتل) السيد الجاني (بالأول منهما) لأن حقه أسبق فيراعى ، (فإن عفا عنه) سيد (الأول قتل بالثاني) لزوال المزاحم ، (وإن قتلهما) أي قتل العبد عبدين (دفعة

واحدة، أقرع بين السيدين) إذا لم يتراضيا على قتله بهما كما تقدم في قاتل الحرين ، (فمن وقعت له القرعة اقتص) من الجاني (وسقط حق الآخر) لفوات محل الجناية ، (وإن عفا) من خرجت له القرعة (عن القصاص أو عفا سيد) العبد (القتيل الأول) فيما إذا كان قتلهما مرتين (إلى مال ، تعلق برقبة العبد) الجاني كسائر جناياته (ولـ) ـسيد القتيل (الثاني أن يقتص ، فإن قتله) السيد (الآخر سقط حق الأول من القيمة) لفوات المحل ، (وإن عفا) السيد (الثاني تعلقت قيمة القتيل الثاني برقبته أيضاً ، ويباع) الجاني (فيهما ويقسم ثمنه على قدر القيمة) لتساويهما في سبب تعلق الحق به ، (ولم يقدم) سيد (الأول بالقيمة) أي قيمة الجاني لمساواة الثاني له * لا يقال : حق الأول أسبق فيقدم * لأنه لا يراعى بدليل ما لو أتلف أموالا لجماعة على الترتيب ولو قتل عبد عبداً لاثنين كان لهما القصاص والعفو ، فإن عفا أحدهما سقط القصاص .

* * *

باب
دية الأعضاء ومنافعها

جمع منفعة اسم مصدر من نفعني كذا نفعاً ضداً لضر . (من أتلف ما فى الإنسان منه شيء واحد) كالأنف والذكر ، (ففيه دية نفسه) أي نفس المتلف منه ذلك الشيء ذكراً كان أو انثى مسلماً أو كافراً على ما سبق تفصيله ؛ لما روى عمرو بن حزم أن النبى ﷺ قال : « وفي الذكر الدية »[1] رواه أحمد والنسائي ولفظه له ، (و) من أتلف (ما فيه) أي الإنسان (منه شيئان) كالعينين والأذنين (ففيهما الدية ، وفي أحدهما نصفها) أي نصف دية ذلك الإنسان ؛ لحديث عمرو بن حزم، (و) من أتلف (ما فيه) أي الإنسان (ثلاثة أشياء) كالأنف يشتمل على المنخرين والحاجز بينهما (ففيها الدية وفي كل واحد منها ثلثها ، و) من أتلف (ما فيه) في الإنسان (منه أربعة أشياء) كالأجفان (ففيه الدية ، وفي كل واحد منها ربعها) أي الدية قياساً على ما سبق ، وما فيه منه خمسة أشياء كالذوائق الخمس ففيها الدية وفي إحداها خمسها ، (وما فيه منه عشرة أشياء) ، كأصابع اليدين وأصابع الرجلين (ففيها الدية وفي كل واحد منها عشرها) ، ويأتي تفصيل ذلك ، (ففي العينين الدية) إذا أذهبهما من ذكر أو أنثى أو خنثى مسلم أو كافر على ما تقدم بيانه في الديات (ولو مع حول) بالعينين أو أحدهما (وعمش) بهما أو بأحدهما (ومرض) كذلك (وبياض لا ينقص البصر) وسواء كانا (من كبير أو صغير) لعموم حديث عمرو بن حزم ، (وفي إحداهما) أي العينين (نصفها) أي الدية، (لكن إن كان بهما) أي العينين (أو بإحداهما بياض ينقص البصر نقص منها) أي الدية (بقدره) أي بقدر نقص البصر لأنه المقصود منهما ، (وفي ذهاب البصر الدية) إجماعاً ، (وفي ذهاب بصر إحداهما نصفها) لأن ما وجب في جميع الشيء وجب في بعضه بقدره كإتلاف المال ، (فإن ذهب) البصر (بالجناية على رأسه) أي المجنى عليه وجبت الدية ، (أو) ذهب البصر بالجناية على (عينه) وجبت الدية ، (أو) ذهب البصر (بمداواة الجناية وجبت الدية) لذهابه بجنايته أو أثرها ، (فإن ذهب) البصر (ثم عاد لم تجب) الدية لتبين أن لا ذهاب ، (وإن كان) المجنى عليه (قد أخذها) أي الدية (ردها) لتبين أن أخذها بغير حق ، (وإن ذهب بصره) أي المجنى عليه ، (أو) ذهب (سمعه فقال عدلان من أهل الخبرة) بالطب (: لا يرجى عوده) أي بصره أو سمعه (وجبت) الدية لذلك ، (وإن قالا) أي العدلان من أهل الخبرة (: يرجى عوده

---

(١) سبق تخريجه في عدة مواضع .

إلى مدة عيَّناها انتظر) الذاهب (إليها) أي إلى مضي تلك المدة ، (ولم يعط) المجنى عليه (الدية حتى تنقضي المدة) التي عيَّناها ، (فإن بلغها) بأن مضت المدة (ولم يعد) ما ذهب وجبت الدية لليأس ، (أو مات) المجنى عليه (قبل مضيها ، وجبت الدية) لما ذهب لليأس من عوده ، (وإن قلع أجنبي) أي غير الجاني على البصر أولاً (عينه) التي أذهب الأول بصرها (في المدة) التي عينها العدلان لعودة بصرها ، (استقرت على الأول الدية أو القصاص) لليأس من عود بصرها (و) وجب (على الثاني حكومة) لقلع العين التي لا بصر لها ، (وإن قال الأول : عاد ضوؤها) فسقط عني دية بصرها (وأنكر الثاني) عوده ، (فقول المنكر مع يمينه) لأن الأصل عدم العود ، (وإن صدق المجنى عليه الأول) على عود بصرها (سقط حقه عنه) أي عن الأول ، لاعترافه ببراءته (ولم يقبل قوله) أي المجنى عليه (على الثاني) بلا بينة فلا شيء عليه سوى الحكومة؛ لأنه منكر لما زاد ، (وإن قال أهل الخبرة : يرجى عوده) أي ما ذهب من بصر أو سمع أو نحوهما (لكن لا نعرف له مدة ، وجبت الدية أو القصاص) لئلا يلزم عليه تأخير حق المجنى عليه إلى ما لا نهاية له ، (وإن اختلف في ذهابه) أي البصر (رجع إلى) قول (عدلين من أهل الخبرة) بذلك ؛ لإمكان إقامة البينة به ، (فإن لم يوجد أهل خبرة ، أو تعذر معرفة ذلك) أي الذاهب مع وجود أهل الخبرة ، (اعتبر) أي امتحن (بأن يوقف في عين الشمس ويقرب الشيء من عينه في أوقات غفلته ، فإن طرف) وحركها (وخاف من الذي تخوف به ، فهو كاذب) لأن ذلك دليل إبصاره . لأن طبع الأدمي الحذر على عينيه ، (وإلا) أي وإن لم يطرف ولم يخف (حكم له) بيمينه لعلمنا بأنه لا يبصر بها ، (وكذلك الحكم في السمع والشم والسن) إذا رجي عودها في مدة تقولها أهل الخبرة ، لم تؤخذ ديتها قبل مضيها . ثم على ما سبق من التفصيل في البصر ، (وإن جني عليه فنقص ضوء عينيه أو اسود بياضهما أو احمر) بياضهما (ولم يتغير البصر ، فحكومة) لا مقدر له فيه من قبل الشرع ، (وإن اختلفا في نقص سمعه وبصره ، فقول المجنى عليه مع يمينه) لأن ذلك لا يعلم إلا من جهته ، فيحلف وله حكومة ، (وإن ادعى) المجنى عليه (نقص ضوء إحداهما ، عصبت) العين (العليلة ، وأطلقت) العين (الصحيحة) بلا عصب (ونصب له شخص ويعطى الشخص شيئاً كبيضة مثلا ويتباعد عنه في جهة) وفي نسخ في وجهه (شيئاً فشيئاً ، فكلما قال : قد رأيته فوصف لونه علم صدقه حتى ينتهي . فإن انتهت رؤيته علم موضع الانتهاء بخيط أو غيره ، ثم تشد الصحيحة وتطلق العليلة وينصب له الشخص ، ثم يذهب في الجهة) التي ذهب فيها أولاً (حتى تنتهي رؤيته فيعلم موضعها) كما فعل أولاً (ثم يرد الشخص إلى انتهاء جهة أخرى فيصنع به مثل ذلك ويعلم منه المسافتان ، ثم يذرعان

ويقابل بينهما) فإن كانتا سواء فقد صدق ، وينظر كم بين مسافة العليلة والصحيحة ، ويحكم له من الدية بقدر ما بينهما على الجاني . رواه ابن المنذر عن عمر ، (وإن اختلفت المسافتان فقد كذب فيردد) بأن يفعل به ما سبق مرة بعد أخرى (حتى تستوى المسافة من الجانبين) فيعطى بقدر ما بينهما من الدية ؛ لما سبق ، (وإن جنى على عينيه فندرتا) أي كبرتا وفي نسخ ففسدتا (أو احولتا أو اعمشتا ونحوه) . فحكومة كما لو ضرب يده فاعوجت) لأن لا مقدر فيه شرعاً ، والحكومة : أرش ما لا مقدر فيه .
(والجناية على الصغير والمجنون كالجناية على المكلف) فيما توجب من قصاص أو دية (لكن المكلف خصم لنفسه ، والخصم للصغير والمجنون وليهما) لقيامه مقامهما كالأموال، (فإذا توجهت اليمين عليهما لم يحلفا) لعدم أهليتهما (ولم يحلف الولي) عنهما لأنها لا تدخلها النيابة . ولذلك لم يصح التوكيل فيها ، (فإذا تكلفا حلفا) * قلت : وظاهره لا يحتاج لإعادة الدعوى لعدم اعتبار الموالاة ، (وفي عين الأعور دية كاملة) قضى به عمر وعثمان وعلي وابن عمر ، ولم يعرف لهم مخالف في الصحابة .
ولأن قلع عين الأعور يتضمن إذهاب البصر كله ، فوجبت الدية كما لو أذهبه من العينين، وذلك لأنه يحصل بعين الأعور ما يحصل بالعينين فإنه يرى الأشياء البعيدة ويدرك الأشياء اللطيفة ويعمل أعمال البصير . ولأن النقص الحاصل لم يؤثر في تنقيص أحكامه ، (فإن قلعها) أي عين الأعور (صحيح ، فله) أي الأعور (القود بشرطه) وهو المكافأة والعمد المحض (مع أخذ نصف الدية) لأنه لما ذهب بقلع عين الأعور جميع بصره ولم يمكن إذهاب بصر القالع بقلع عينه الأخرى لما فيه من أخذ عينين بعين واحدة، فأخذنا عينه الواحدة بنظيرتها وأخذنا نصف الدية لنصف البصر الذي لا يمكنه استيفاؤه ، (وإن قلع الأعور عين صحيح لا تماثل عينه) فليس عليه إلا نصف دية (أو قلع) الأعور (المماثلة خطأ ، فليس عليه إلا نصف الدية) كما لو قلعها ذو عينين ، (وإن قلع عينه الصحيحة عمداً فلا قصاص) لأنه يفضي إلى استيفاء جميع بصر الأعور ، وهو إنما ذهب بعض بصر الصحيح . فيكون المستوفى أكثر من جنايته ، (وعليه) أي الأعور إذن (دية كاملة) في قول عمر وعثمان ، ولا يعرف لهما مخالف في الصحابة بدلا عن القصاص الذي أسقط عنه رفقاً به ، ولو اقتص منه لذهب ما لو ذهب بالجناية لوجبت فيه دية كاملة ، فوجبت الدية كاملة هنا . لأنها بدل الواجب ، (وإن قلع) الأعور (عيني صحيح عمداً ، خيِّر) المجنى عليه (بين قلع عينه ولا شيء له غيرها) لأنه أخذ جميع بصره بجميع بصره فوجب الاكتفاء بذلك ، (وبين) أخذ (الدية) لعينيه . (وفي يد أقطع أو رجله نصف الدية) ولو عمداً أو كانت الأولى ذهبت هدراً (كبقية الأعضاء) لأن العضوين اللذين يحصل بهما منفعة الجنس لا يقوم أحدهما مقامهما ، (فلو قطع)

الأقطع (يد صحيح) أو رجله (قطعت يده) أو رجله بشرطه ؛ لأنه عضو أمكن القود في مثله مع انتفاء المانع ، فكان الواجب فيه القصاص (وفي الأشفار) جمع شفر (الأربعة وهي الأجفان ولو من أعمى ، الدية) لأن ذهاب البصر عيب في غير الأجفان ، (وفي كل واحد منها) أي الأشفار (ربعها) ، لأنها أعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل، فإنها تكن العين وتحفظها من الحر والبرد ، ولولاها لقبح منظرها ، (فإن قطع) الجاني (العينين بأجفانها ، وجبت ديتان) دية للعينين ودية للأجفان ؛ لأن كلا مستقل بنفسه ، (وفي أهداب العينين وهي الشعر الذي على الأجفان الدية) لأنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة كأذني الأصم وأنف الأخشم ، (وفي كل واحد منها) أي الأهداب (ربعها) أي الدية ، (فإن قطع أجفان بأهدابها ، لم يجب أكثر من دية)؛ لأن الشعر زال تبعاً لزوال الأجفان ، فلم يجب فيه شيء كالأصابع مع اليدين أو الرجلين، (وفي كل واحد من الشعور الثلاثة الأخرى الدية ، وهي : شعر الرأس) وشعر (اللحية و) شعر (الحاجبين ، كثيفة كانت) تلك الشعور (أو خفيفة ، جميلة أو قبيحة ، من صغير أو كبير) أذهبها (بحيث لا تعود) روي عن علي وزيد بن ثابت في الشعر الدية ولأنه أذهب الجمال على الكمال كما تقدم ، (ولا قصاص في هذه الشعور الأربعة لعدم إمكان المساواة ، وفي كل حاجب نصفها) لأن لكل إنسان حاجبين، (وفي بعض ذلك بقسطه من الدية يقدر بالمساحة) كالأذنين ، (وإن عاد الشعر قبل أخذ الدية ، سقطت) ديته ، (و) إن عاد (بعده) أي بعد أخذ الدية ، (ترد) للجاني كما تقدم في عدم البصر وغيره ، (وإن بقي من شعر اللحية أو) بقي من شعر (غيره من الشعور) الثلاثة (ما لا جمال فيه ، فـ)ـالواجب (دية كاملة) ؛ لأنه أذهب المقصود منه كله أشبه ما لو ذهب ضوء العينين . ولأن جنايته ربما أحوجت لإذهاب الباقي لزيادته في القبح على ذهاب الكل ، (وفي الشارب حكومة) إن لم يعد؛ لأنه لا مقدر فيه ، (وفي الأذنين ولو من أصم الدية) ، قضى به عمر وعلي (وفي إحداهما نصفها) أي الدية ، وما روي « أن أبا بكر قضى في الأذن بخمسة عشر بعيراً » رواه سعيد . فمنقطع ، وقال ابن المنذر : ولا يثبت ، (وإن قطع بعض الأذن وجب بالحساب من ديتها يقدر بالأجزاء) كالنصف والثلث ، (وكذا قطع بعض المارن) أي مالان من الأنف ، (و) قطع (الحلمة ، و) قطع (اللسان ، و) قطع (الشفة ، والحشفة ، والأنملة والسن ، وشق الحشفة طولا) فإن في قطع أبعاض هذه الأشياء بقسطها من ديتها ، (فإن جنى على أذنه فاستحشفت أي شلت ففيها حكومة) لأنه لم يذهب المقصود منها بالكلية وهو الجمال ، (فإن قطعها) أي الأذن (قاطع بعد استحشافها ففيها ديتها) لأن فيها جمالها المقصود منها . (وفي السمع إذا ذهب منهما)

أي الأذنين (الدية) ، قال في المبدع : بغير خلاف . وسنده قوله صلى الله عليه وسلم: « وفي السمع الدية » ، (وإن ذهب) السمع (من أحدهما) أي الأذنين ، (فنصفها) أي الدية ، (وإن قطع أذنيه فذهب سمعه ، فديتان) دية للأذنين ودية للسمع . لأنه من غير الأذنين فلا تدخل دية أحدهما في الآخر كالبصر مع الأجفان والنطق مع الشفتين ، (فإن اختلفا) أي الجاني وولي الجناية (في ذهاب سمعه فديتان ؛ فإنه) أي المجنى عليه (يغتفل ويصاح به وينظر اضطرابه ويتأمل عند صوت الرعد والأصوات المزعجة) كنهيق الحمير ، (فإن ظهر منه انزعاج أو التفات أو ما يدل على السمع فقول الجاني مع يمينه) لظهور أمارة صدقه ، (وإن لم يوجد شيء من ذلك) المذكور ، (فقوله) أي المجنى عليه (مع يمينه) . لأن الظاهر معه ، ومتى حكم له بالدية ثم انزعج عند صوت فطولب بالدية فادعى أنه فعل ذلك اتفاقاً قبل قوله ؛ لأنه يحتمل ، فلا ينقض الحكم بالاحتمال. وإن تكرر ذلك بحيث تعلم صحة سمعه ، رد ما أخذ لأنا تبينا كذبه . وكذا يقال في الشم ، وإن ادعى الجاني أنه ولد أبكم ولا بينة تكذبه قبل قوله مع يمينه وقيل : ترد أي دعواه كما لو قال : ولد ناطقاً ثم خرس ، (وإن ادعى) المجنى عليه (نقصان سمع إحداهما) أي الأذنين ، (فاختباره بأن تسد) الأذن (العليلة وتطلق الصحيحة ويصيح رجل من موضع يسمعه ويعمل كما تقدم في نقص البصر في إحدى العينين ويؤخذ من الدية) أي دية سمع الأذن (بقدر نقصه) أي سمعها كما تقدم في العين ، (وإن تعدى نقصان السمع فيهما) أي الأذنين و (حلف) لأنه لا يعلم إلا من جهته ولا يتأتى العوض على أهل الخبرة بخلاف البصر (ووجبت فيه حكومة . وفي مارن الأنف ، وهو) أي مارنه (مالان منه) ، دون القصبة ، (ولو من أخشم ، الدية) لأن الشم ليس في الأنف كما سبق ، (وإن) قطع الجاني (المارن وشيئاً من القصبة ، فـ)ـعليه (دية واحدة)، ويندرج ما قطع من القصبة في دية الأنف كما لو قطع اليدين مما فوق الكوع ، (وفي كل واحد من المنخرين والحاجز بينهما ثلث الدية) لأن الأنف يشتمل على هذه الثلاثة ، (وفي قطع أحدهما) أي المنخرين (مع نصف الحاجز نصفها) أي الدية ولأنه قطع نصف الأنف ، (و) في قطع أحد المنخرين (مع كله) أي الحاجز ، (ثلثاها) أي الدية ، (وفي الشم الدية) لما في كتاب عمرو بن حزم ، (وفي ذهابه) أي الشم من أحد المنخرين (نصفها) أي الدية ، وفي بعضه حكومة إذا لم يعلم قدره ، (وإن نقص) الشم (من أحدهما) أي المنخرين ، (قدر) النقص (بما يقدر به نقص السمع من إحدى الأذنين) كما مر ، (وإن قطع أنفه فذهب شمه ، فديتان) لأن الشم ليس في الأنف فلا تندرج ديته فيه ، (وإن ادعى) المجنى عليه (ذهاب شمه ، اختبر بالروائح الطيبة والمنتنة ، فإن هش للطيب وتنكر من المنتن) ، فالقول (قول الجاني مع يمينه) عملا بالظاهر ، (وإلا) بأن لم يهش

للطيب ولم يتنكر من المنتن ، (فـ)ـالقول (قول مجني عليه مع يمينه) لأن الظاهر معه ، (وإن ادعى) المجنى عليه (نقص شمه) بسبب الجناية (فقوله مع يمينه) لأنه لا يعلم إلا منه ، (ويجب) له إذن (ما تخرجه الحكومة) كما تقدم في السمع ، (وإن قطع مع الأنف اللحم الذي تحته ، ففي اللحم حكومة) لأنه غير الأنف ولا مقدر فيه (كقطع الذكر) و(اللحم الذي تحته ، وإن ضرب) الجاني (أنفه فأشله أو عوجه أو غير لونه ، فحكومة) لأن نفع الأنف باق مع الشلل بخلاف اليد ، فإن نفعها قد زال ونفع الأنف جمع الرائحة ومنع وصول شيء إلى دماغه ، (وفي قطعه) أي الأنف (إلا جلدة بقي معلقاً بها فلم يلتحم واحتيج إلى قطعه ، ففيه ديته) لأن بقاءه إذن كعدمه ، (وإن رده فالتحم أو أبانه فرده فالتحم ، فحكومة) لنقصه ، (وفي الشفتين الدية) إذا استوعبتا قطعاً ، (وفي كل واحدة منهما) أي الشفتين (نصفها) أي الدية ، (فإن ضربهما) أي الشفتين (فأشلهما) ففيهما الدية لأنه عطل نفعهما أشبه ما لو أشل يده ، (أو) ضربها و (تقلصتا فلم تنطبقا على الأسنان) ، ففيهما الدية لأنه عطل جمالها ، (أو استرختا فصارتا لا ينفصلان عن الأسنان ، ففيهما الدية) لأنه عطل نفعهما ، (وإن تقلصتا) أي الشفتان (بعض التقلص فحكومة) لذلك النقص ، (وحد الشفة السفلى من أسفل ما تجافى عن الأسنان واللثة مما ارتفع من جلدة الذقن ، وحد) الشفة (العليا من فوق ما تجافى عن الأسنان واللثة إلى اتصاله بالمنخرين والحاجز ، وحدهما) أي الشفتين (طولا طول الفم إلى حاشية الشدقين ، وفي اللسان الناطق الدية) إذا استوعب قطعاً إجماعاً ذكره ابن حزم ؛ لأنه أعظم الأعضاء نفعاً وأتمها جمالا ، يقال : جمال الرجل في لسانه، والمرء بأصغريه قلبه ولسانه ، ويقال : ما الإنسان لولا اللسان إلا صورة مهملة أو بهيمة مهملة ، (وفي الكلام الدية) لأن كل ما تعلقت الدية بإتلافه تعلقت بإتلاف محله، (وفي الذوق إذا ذهب ولو من لسان أخرس الدية) لأن الذوق حاسة أشبه الشم (والمذاق الخمس : الحلاوة والمرارة والحموضة والعذوبة والملوحة . فإذا ذهب واحد منها) أي الخمس (فلم يدركه وأدرك الباقي) منها ، (فخمس الدية) لأن الخمس تجب فيها الدية ، ففي إحداها خمسها ، (وإن ذهب اثنتان من الخمس (فخمسان) من الدية ، (وفي ثلاثة) من الخمس (ثلاثة أخماس) الدية ، (وفي) ذهاب (أربعة) من الخمس (أربعة أخماس) الدية ، (وإن لم يدرك بواحدة) من الخمس (ونقص الباقي فخمس الدية) التي لم تدرك بها (وحكومة لنقص الباقي ، وإن جنى على لسان ناطق فأذهب كلامه وذوقه) مع اللسان ، (فديتان) كما لو ذهبت منافع اللسان مع بقائه ، (فإن قطعه) أي اللسان (فذهبت) أي منفعة الكلام والذوق (معاً ، فدية واحدة) لأنهما ذهبا تبعاً فوجب دية اللسان دونهما ، كما لو قتل إنساناً ، (وإن ذهب بعض الكلام

وجب من الدية بقدر ما ذهب) من الكلام كما تقدم في نظائره ، (يعتبر ذلك بحروف المعجم وهي ثمانية وعشرون حرفاً) جعلا للألف المتحركة واللينة حرفاً واحداً لتقاربهما في المخرج ، ولذلك إذا احتاجوا إلى تحريك الألف قلبوها همزة وإلا فهي تسعة وعشرون حرفاً كما في حديث أبي ذر ، (ففي الحرف الواحد ربع سبع الدية) لأن الواحد ربع سبع الثمانية والعشرين ، (وفي الحرفين نصف سبعها ، وكذا حساب ما زاد) ففي الثلاثة أحرف ثلاثة أرباع سبع الدية ، وفي أربعة حروف سبع الدية وهكذا ، (ولا فرق بين ما خف على اللسان من الحروف أو ثقل) لأن كل ما وجب فيه المقدر لم يختلف لاختلاف قدره كالأصبع ، (ولا) فرق أيضاً (بين الشفوية والحلقية واللسانية ، وإن جنى على شفتيه فذهب بعض الحروف وجب فيه) أى الذاهب (بقدره) أي بنسبته من الدية ، (وكذلك إن ذهب بعض حروف الحلق بجناية) وجب في الذاهب بقدره ، (وإن ذهب حرف فعجز) المجنى عليه (عن كلمة كجعله أحمد أمد لم يجب غير أرش الحرف) الذاهب لأنه لم يذهب سواه ، (وإن ذهب حرف فأبدل مكانه حرفاً آخر مثل أن كان يقول درهم فصار يقول دلهم أو دغهم أو دنهم ، فعليه ضمان الحرف الذاهب) لأن ما يبدل لا يقوم مقام الذاهب في القوة ولا غيرها (وإن جنى عليه فذهب البدل وجبت ديته أيضاً لأنه) أي البدل (أصل) بنفسه ، (وإن لم يذهب) بالجناية (شيء من الكلام لكن حصلت فيه عجلة أو تمتمة أو فأفأة) وتقدم أن التمتان من يكرر التاء والفأفاء من يكرر الفاء ، (فعليه) أي الجاني (حكومة) لما حصل من النقص والشين ولم تجب الدية لأن المنفعة باقية ، (فإن جنى عليه) أي على ذلك المجنى عليه الذي حصل في كلامه عجل أو تمتمة أو فأفأة (جان آخر فأذهب كلامه ففيه الدية كاملة) كما لو جنى على عينه جان فعمشت ثم جنى عليه آخر فأذهب بصرها ، (فإن أذهب) الجاني (الأول بعض الحروف وأذهب) الجاني (الثاني بقية الكلام فعلى كل واحد منهما) أي الجانيين (بقسطه) من الدية فيضمن ما أتلفه دون غيره ، (وإن كان) المجنى عليه (ألثغ من غير جناية عليه فذهب إنسان بكلامه كله) بجنايته عليه ، (فإن كان) الألثغ (مأيوساً من زوال لثغته ، ففيه) أي الذاهب (بقسطه) من الدية ، أي بقسط (ما ذهب من الحروف) كما لو أذهب سمع أذن أو شم منخر ، (وإن كان الألثغ غير مأيوس من زوالها) أي زوال لثغته (كالصغير ، ففيه الدية كاملة) لأن الظاهر زوال لثغته ، (وكذلك الكبير إذا أمكن زوال لثغته بالتعليم) وجنى عليه فأذهب كلامه ففيه الدية كاملة ، (وإن قطع) الجاني (بعض اللسان فذهب بعض الكلام ، فإن استويا مثل أن قطع ربع لسانه فذهب ربع كلامه ، فربع الدية) لربع اللسان ويندرج فيه ربع الكلام كما لو قطعه كله ، (فإن

ذهب من أحدهما أكثر من الآخر كأن قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه أو بالعكس) بأن قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه ، (وجب بقدر الأكثر وهو نصف الدية في الحالين) لأن كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالدية منفرداً ، ألا ترى أنه لو ذهب نصف الكلام ولم يذهب من اللسان شيء أو ذهب نصف اللسان ولم يذهب من الكلام شيء وجب على كل صورة نصف الدية ؟ (وإن قطع) جان (ربع اللسان فذهب نصف الكلام ثم قطع) جان (آخر بقيته) أي اللسان (فذهب بقية الكلام ، فعلى) الجاني (الأول نصف الدية) لأنه أذهب نصف الكلام ، (وعلى) الجاني (الثاني نصفها) أي الدية لنصف اللسان بنصف الكلام ، (و) عليه أيضاً (حكومة لربع اللسان) الذي لا كلام فيه لأنه لا نفع فيه فهو بمنزلة الأشل ، (ولو قطع) جان (نصفه) أي اللسان (فذهب ربع الكلام ثم) قطع (آخر) بقية اللسان (فزال ثلاثة أرباعه) أي الكلام ، (فعلى الأول نصف الدية) لإذهابه نصف اللسان ، (وعلى الثاني ثلاثة أرباعها) أي الدية لإذهابه ثلاثة أرباع الكلام ، (وإن) جنى عليه فذهب كلامه أو ذوقه أو قطع لسانه ثم (عاد كلامه أو ذوقه أو لسانه ، سقطت الدية) عن الجاني كما تقدم في عود السمع وغيره ، (وإن كان) المجنى عليه (قبضها) أي الدية ثم عاد ما ذهب بالجناية ، (ردها) أي رد المجنى عليه الدية للجاني أو عاقلته لأنه تبين أنه لا يستحقها ، (وإن قطع نصفه) أي اللسان (فذهب كل كلامه ثم قطع آخر بقيته فعاد كلامه ، لم يجب رد الدية) لأن الكلام الذي كان باللسان قد ذهب ولم يعد إلى اللسان وإنما عاد إلى محل آخر ، (وإن قطعه) أي اللسان (فذهب كلامه ثم عاد اللسان دون الكلام ، لم يرد الدية) كما لو زال كلامه واللسان باق ، (وإن اقتص من) أي مجنى عليه (قطع بعض لسانه فذهب من كلام الجاني مثل ما ذهب من كلام المجنى عليه أو أكثر ، فقد استوفى) المجنى عليه (حقه ، ولا شيء له) أي الجاني (في الزائد) عن المجنى عليه ؛ (لأنه من سراية القود، وسراية القود غير مضمونة ، وإن ذهب) من كلام الجاني (أقل) مما ذهب من كلام المجنى عليه ، (فللمقتص دية ما بقي لأنه لم يستوف بدله) ولو كان اللسان ذا طرفين فقطع أحدهما ولم يذهب من الكلام شيء وكانا متساويين في الخقة ، فكلسان مشقوق فيهما الدية وفي أحدهما نصفها ، وإن كان أحدهما تام الخلقة والآخر ناقصاً ، فالتام فيه الدية ، والناقص فيه حكومة ، (وإذا قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته ، (ففيه الدية كلسان الكبير) لأن الأصل السلامة ، (وإن بلغ) الصغير (حداً يتكلم مثله فلم يتكلم ، ففيه حكومة كلسان الأخرس) (إن كان لا ذوق له ، وإلا وجبت ، (وإن كبر) الصغير بعد قطع لسانه (فنطق ببعض الحروف ، وجب فيه بقدر ما ذهب من الحروف لأنا تبينا أنه كان ناطقاً ، وإن كان) الصغير (قد بلغ إلى حد يتحرك) لسانه (بالبكاء أو غيره فلم يتحرك ، ففيه) أي لسانه إذا قطع (حكومة) كلسان الأخرس ،

(وإن لم يبلغ إلى حد يتحرك) بالبكاء وغيره ، (ففيه الدية) لأن الظاهر سلامته . (وفي كل سن ممن قد أثغر) بالبناء للمفعول (خمس من الإبل) . روي عن عمر وابن عباس ولخبر عمرو بن حزم مرفوعاً : « في السن خمس من الإبل »[1] رواه النسائي . (والأضراس والأنياب كالأسنان) لما روى أبو داود عن ابن عباس مرفوعاً قال : «الأسنان سواء : الثنية والضرس سواء »[2] فيكون في جميعها مائة وستون بعيراً لأنها اثنان وثلاثون : أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب وعشرون ضرساً في كل جانب خمسة من فوق وخمسة من أسفل ، (إذا قلعت) الأسنان (بسنخها وهو ما بطن منها في اللحم أو قطع الظاهر) منها (فقط) لعموم ما سبق ، و (سواء قلعها) أي الأسنان (في دفعة أو دفعات) لعموم الخبر ، (وإن قلع منها السنخ) بالسين المهملة والخاء المعجمة وهو أصلها كما سبق (فقط ، ولو كان هو) أي القالع السنخ (الذي جنى على ظهرها ، ففيه) أي السنخ (حكومة) لأنه لم يرد فيه تقدير ، (ولا يجب بقلع سن الصغير الذي لم يثغر) أي تسقط رواضعه (في الحال شيء) ؛ لأن العادة عود سنه ، (لكن ينتظر عودها ، فإن مضت مدة ييأس من عودها ، وجبت ديتها) ، قال أحمد : يتوقف سنة لأنه غالب في نباتها ، (إلا أن ينبت مكانها أخرى) مماثلة لها فلا شيء عليها كما لو عاد السمع ، (وإن عادت) السن (قصيرة أو شوهاء أو أطول من أخواتها أو صفراء أو حمراء أو سوداء أو خضراء ، فحكومة) لأنها لم تذهب بمنفعتها فلم تجب ديتها ووجبت الحكومة لنقصها ، (وإن) عادت قصيرة و (أمكن تقدير نقصها من نظيرتها أو كان فيها ثلمة أمكن تقديرها ، ففيها بقدر ما نقص) منها من ديتها بالنسبة كما لو نقص سمع أذن أو بصر عين وأمكن تقديره ، (وإن نبتت) السن المجنى عليها (مائلة عن صف الأسنان بحيث لا ينتفع بها ، ففيها ديتها) كأنها لم تعد إذ لا نفع بذلك العائد ، (وإن كان ينتفع بها) مع ميلها ، (فحكومة) للميل ، (وإن جعل) المجنى عليه (مكان السن) المقلوعة

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٢١٥ ، وأخرجه الدارمي في السنن كتاب الديات : باب في الموضحة ، وباب دية الأسنان ، وأخرجه أبو داود في السنن كتاب الديات : باب ديات الأعضاء الحديث (٤٥٦٦) ، وأخرجه الترمذي في السنن ٤/ ١٣ كتاب الديات : باب ما جاء في الموضحة الحديث (١٣٩٠) ، وأخرجه ابن ماجة في السنن ٢/ ٨٨٦ كتاب الديات : باب الموضحة الحديث (٢٦٥٥) ، وأخرجه النسائي في المجتبى من السنن ٨/ ٥٧ كتاب القسامة : باب المواضح .

(٢) الحديث من رواية ابن عباس ، أخرجه أبو داود في السنن كتاب الديات : باب ديات الأعضاء الحديث (٤٥٥٩) واللفظ له ، وأخرجه ابن ماجة في السنن ٢/ ٨٨٥ كتاب الديات : باب دية الأسنان الحديث (٢٦٥٠) ، وأخرجه ابن حبان ذكره الهيثمي في موارد الظمآن ص ٣٦٧ - ٣٦٨ كتاب الديات باب في الأصابع الحديث (١٥٢٨) .

(سناً أخرى) من آدمي (أو سن حيوان أو عظمها فثبتت ، وجب ديتها) كما لو لم يجعل مكانها شيئاً ، (وإن قلعت هذه الثلاثة فحكومة) للنقص ، (وإن قلع سنه أو قلع طرفه) كلسان ومارن (ونحوهما فرده فالتحم ، فله أرش نقصه) فقط وهو حكومة ، (ثم إن أبانه أجنبي) بعد ذلك ، (وجبت ديته) كما لو لم يتقدمه جناية عليه ، (وإن عادت سن من قد أثغر ولو بعد الإياس من عودها ، رد) المجنى عليه (ديتها إن كان أخذها) لأنا تبينا أنه كان لا يستحقها وإن لم يكن أخذها سقطت ، (وإن كسر) الجاني (بعض ظاهر السن ففيه) أي الذاهب (من دية السن بقدره كالنصف) والثلث كسائر ما فيه مقدر ، (وإن جاء) جان (آخر فكسر الباقي منها ، فعليه بقية الأرش) أي بقية ديتها ، (وإن اختلفا) أي الجانيان في قدر ما أذهب كل منهما ، (فالقول قول المجني عليه في قدر ما أتلف كل واحد منهما) أي الجانيين ، (وإن انكشفت اللثة) بكسر اللام وفتح الثاء مخففة (عن بعض السن) ثم كسر السن أو بعض السن وأريد تقديره ، (فالدية في قدر الظاهر) من السن (عادة دون ما انكشف على خلاف العادة) لأنه عارض فلا يعتد به ، (وإن اختلفا) أي الجاني والمجني عليه ، (وفي قدر الظاهر) من السن ـ(اعتبر ذلك بأخواتها) لأن الظاهر مساواتها لهن ، (فإن لم يكن لها شيء تعتبر به) بأن لم يكن غيرها (ولم يمكن أن يعرف ذلك أهل الخبرة ، فقول الجاني) بيمينه لأنه منكر فيما زاد عما يقرُّ به ، (وإن قلع) الجاني (سناً مضطربة لكبر أو مرض وكانت منافعها) أي السن (باقية من المضغ وحفظ الطعام والريق ، وجبت ديتها ، وكذلك إن ذهب بعض منافعها وبقي بعضها) وجبت ديتها لأنه أذهب عضواً فيه منفعة، (وإن ذهبت منافعها كلها فهي كاليد الشلاء) ففيها حكومة ، (وإن قلع سناً فيها داء أو) قلع سناً فيها (أكلة ولم يذهب شيء من أجزائها ، ففيها دية سن صحيحة) لكمالها وبقاء منافعها ، (وإن سقط من أجزائها شيء ، سقط من ديتها بقدر الذاهب منها ووجب الباقي) من ديتها فيما أذهبه كسائر ما فيه مقدر ، (وإن كانت ثنيته قصيرة) خلقة وقلعها جان ، (نقص من ديتها بقدر نقصها كما لو نقصت بكسرها) ثم جنى عليها ، (وإن جنى على سنٍّ فبقي فيها اضطراب ، ففيها حكومة) لنقصها بذلك ، (وفي تسويد السن والظفر) ديته ؛ لما روي عن زيد بن ثابت ولم يعرف له مخالف من الصحابة ولأنه أذهب جمال ذلك على الكمال فكملت ديتها كما لو قطع أذن الأصم ، (و) في تسويد (الأذن والأنف بحيث لا يزول) السواد (عنه) أي عما ذكر من السن والظفر والأنف ، (ديته) كالسن والظفر ، (فإن ذهبت) السن السوداء أو الظفر أو الأذن أو الأنف كذلك (بعد ذلك) الاسوداد (بجنايته) عليه ، (ففيها حكومة) كاليد الشلاء ، (وإن احمر السن) بالجناية (أو اصفرت أو اخضرت أو كلت أو تحركت ،

فحكومة) للنقص ، (فإن قلعها بعد ذلك قالع ، فحكومة) ، ولا يعارض ذلك ما تقدم فيما إذا اضطربت المرض أو كبر لأن تحركها هنا بجناية ، (ولو نبتت) السن (من صغير سوداء ثم ثغر ثم عادت سوداء ، فديتها) أي إذا أذهبها الجاني كمن خلق أسود الوجه والجسم جميعاً ، وإن نبتت أولاً بيضاء ثم ثغر ثم عادت سوداء ، فإن قال أهل الخبرة : ليس السواد لمرض ولا علة ، ففيها كمال ديتها ، وإلا فحكومة .

(وفي اللحيين الدية) لأن فيهما نفعاً وجمالاً وليس في البدن مثلهما ، (وهما) أي اللحيان (العظمان اللذان فيهما الأسنان السفلى ، وفي إحداهما نصفها ، فإن قلعها) أي اللحى (بما عليها من الأسنان ، وجبت ديتها ودية الأسنان) فلا تدخل دية الأسنان في اللحيين بخلاف أصابع اليدين لأن الأسنان ليست متصلة باللحيين وإنما هي مغروزة فيها بخلاف الأصابع ، وأيضاً كل من اللحيين والأسنان ينفرد باسم ، واللحيان يوجدان قبل وجود الأسنان وينبتان بعد قلعهما بخلاف الكف مع الأصابع ، (وفي اليدين الدية ، وفي إحداهما نصفها) ؛ للأخبار ، (وسواء قطعهما من الكوع أو المنكب أو مما بينهما) لأن اليد اسم للجميع ؛ لأنه لما نزلت آية التيمم مسح إلى المناكب ، (فإن قطعهما من الكوع) ، وجبت الدية لأن اليد في الشرع محمولة على ذلك ، بدليل قطع السارق ، والمسح في التيمم ، (ثم) إن (قطعهما) الجاني (من المرفق أو مما قبله أو) ما (بعده، ففي المقطوع ثانياً حكومة) لأن الدية وجبت عليه بالقطع الأول كما لو قطع الأصابع ثم قطع الكف ، (وإن جنى عليهما) أي اليدين (فأشلهما وأذهب نفعهما أو شل رجله أو ذكره أو أنثييه أو إسكتيها وكذا سائر الأعضاء) إذا جنى عليها فأشلها ، (ففيه ديته) أي دية العضو الذي أشل لأنه عطل نفعه ، (إلا الأذن والأنف) إذا أشلهما فلا تجب ديتهما بل حكومة (كما تقدم) ، لأن المقصود منهما الجمال وهو باق مع شللهما كما سبق ، (وإن جنى على يد فعوجها أو نقص قوتها أو شانها) أي عيبها ، (فـ)ـعليه (حكومة) لأنها أرش كل ما لا مقدر فيه ، (وإن كسرها) الجاني أي اليد (ثم انجبرت مستقيمة ، فحكومة لشينها إن شانها ذلك) إن لم يكن الكسر في الذراع أو العضد وإلا فيأتي حكمه ، (وإن عادت) اليد بعد كسرها (موجعة ، فالحكومة أكثر) من الحكومة إذا عادت مستقيمة لزيادة الشين ، (وإن قال الجاني : أنا أكسرها ثم أجبرها مستقيمة ، لم يمكن) من ذلك لما فيه من الإضرار بالمجني عليه وقد لا يصيب ، (فإن كسرها تعدياً) أي بغير إذن ولي الجناية (ثم جبرها فاستقامت ، لم يسقط ما وجب من الحكومة في اعوجاجها) لأنه استقر بالاندمال ، (وفي الكسر الثاني حكومة أخرى) لأنه جناية غير أولى ، (وتجب دية اليد في يد المرتعش ، و) تجب دية الرجل في (قدم الأعرج ، و) تجب دية اليد في (يد الأعسم) ؛ لعموم الأخبار ، (وهو) أي العسم (اعوجاج في

الرسغ) أي مفصل ما بين الكف والساعد والقدم إلى الساق ، (فإن كان له كفان في ذراع أو يدان في عضد وإحداهما باطشة دون الأخرى ، أو) إحداهما (أكثر بطشاً) من الأخرى ، (أو) إحداهما (في سمت الذراع) أي مقابلته (والأخرى منحرفة عنه ، أو إحداهما تامة) الخلق (والأخرى ناقصة ، فالأولى هى الأصلية والأخرى زائدة ، ففي الأصلية ديتها) إن قطعت خطأ أو عمداً واختيرت ، (والقصاص بقطعها عمداً ، وفي الزائدة حكومة سواء قطعها منفرجة أو مع الأصلية) لأنها زائدة ، (وإن استوتا من كل الوجوه ، فإن كانتا غير باطشتين ففيهما حكومة) لأنه لا نفع فيهما كاليد الشلاء ، (وإن كانتا باطشتين ففيهما جميعاً دية يد واحدة) لأن إحداهما أصلية ، (وحكومة للزائدة ، وإن قطع إحداهما فلا قود) فيها لاحتمال أن تكون هي الزائدة فلا تؤخذ بها الأصلية ، (وفيها) أي إحدى الباطشتين (نصف ما فيهما إذا قطعتا أي نصف) دية (يد وحكومة ، وإن قطع أصبعاً من إحداهما فنصف أرش أصبع وحكومة) ، هنا أحد وجهين أطلقهما في الشرح وهو قياس ما قبله ، واقتصر في الإنصاف وتصحيح الفروع والتنقيح على نصف أرش أصبع وتبعهم في المنتهى ، (وإن قطع ذو اليد التي لها طرفان يداً لم يقطعا) بتلك اليد لئلا تؤخذ يدان بيد واحدة ، (ولا) تقطع (إحداهما) بتلك اليد لأنا لا نعرف الأصلية فنأخذها بها ولا تؤخذ زائدة بأصلية ، (وكذا الرجل) على التفصيل السابق ، (وإن قطع كفا بأصابعه لم يجب إلا دية اليد) وتندرج فيها دية الأصابع (لأن مسمى الجميع يد كما تقدم) ، وإن قطع كفا عليه بعض أصابع دخل ، ما حاذى الأصابع) من الكف (في ديتها) لأن الأصابع لو كانت سالمة كلها لدخل أرش الكف كله في دية الأصابع ، فكذلك ما حاذى الأصابع السالمة دخل في ديتها ، (وعليه) أي الجاني (أرش باقي الكف) المحاذي للمقطوعات لأنه ليس له ما يدخل في ديته فوجب أرشه كما لو كانت الأصابع كلها مقطوعة ، (وإن قطع أنملة بظفرها فليس عليه إلا ديتها) أي الأنملة ويندرج فيها دية الظفر لدخوله في مسمى الأنملة ، (وفي كف بلا أصابع) حكومة ، (و) في (ذراع بلا كف) حكومة ، (و) في (عضد بلا ذراع حكومة) قال المصنف في حاشية التنقيح أنه المذهب ، وقطع به في المبدع في مواضع ، والرواية الثانية : يجب ثلث دية قدمه في المبدع في موضع آخر ، وقطع به في التنقيح ، وتبعه في المنتهى ، وصححه في الإنصاف قال : وقد شبه الإمام أحمد ذلك بعين قائمة ، قال : وحكم الرجل حكم اليد في ذلك ، انتهى * قلت : مقتضى تشبيه الإمام له بعين قائمة وجوب حكومة فيها كما هو الصحيح فيها ، (وفي الرجلين الدية ، وفي إحداهما نصفها وتفصيلها كاليدين) لما تقدم ، (ومفصل الكعبين مثل مفصل الكفين فإن كان له قدمان على ساق ، فكالكفين على ذراع واحد) وتقدم ، (فإن كانت إحداهما أطول من

الأخرى فقطع الطولى وأمكنه المشي على القصيرة ، فهي) الأصلية ، (فيكون في المقطوعة) حكومة ، (وإلا) أي وإن لم يمكنه المشي على القصيرة فهي (زائدة) ، ويجب في المقطوعة نصف الدية ، (وفي الثديين الدية ، وفي أحدهما نصفها) ، قال في المبدع بالإجماع (وفي حلمتيهما الدية) لأنه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه كحشفة الذكر ، (وفي إحداهما نصفها ، وإن قطع الثديين بحلمتيهما فدية واحدة) كقطع الذكر بحشفته لأن مسمى الجميع واحد ، (فإن حصل مكان قطعهما) أي الثديين (جائفة، ففيها ثلث الدية مع ديتهما) أي دية الثديين ، (وإن) حصل (جائفتان، فدية) للثديين (وثلثان) من الدية للجائفتين ، (وإن جنى) على الثديين (فأذهب لبنهما من غير أن يشلهما ، فـ)ـعليه (حكومة) لما حصل من النقص ، ولم تجب الدية لأنه لم يذهب نفعهما بالكلية ، (وإن جنى عليهما) أي الثديين (من صغيرة ثم ولدت فلم ينزل لها لبن فإن قال أهل الخبرة : قطعته الجناية ، فعليه) أى الجاني (ما على من ذهب باللبن بعد وجوده) وهو حكومة إذا لم يشلهما كما تقدم ، (وإن قالوا) أي أهل الخبرة (قد انقطع من غير الجناية ، لم يضمن) ما ذهب من اللبن لأنه بغير جنايته ، (وإن نقص لبنهما) أي الثديين بالجناية (أو كانا ناهدين فكسرهما أو صار بهما مرض ، فـ)ـعليه (حكومة) لذلك النقص ، (وفي ثندوتي الرجل) الواحدة ثندوة بفتح الثاء بلا همزة وبضمها مع الهمز ، وهي (مغرز الثدي) وقال الجوهري : الثدي للرجل والمرأة ، وهو أصح في اللغة ، ومنهم من أنكره ، ذكره في المبدع ، (الدية) لأنه يحصل بهما الجمال وليس في البدن غيرهما من جنسهما (وفي إحداهما نصفها ، وفي الإليتين الدية، وفي إحداهما نصفها وهما) أي الإليتان (ما علا وأشرف عن الظهر وعن استواء الفخذين، وإن لم يحصل إلى العظم الذي تحتهما ، وفي ذهاب بعضهما) أي الإليتين (بقدره) من الدية بنسبة الأجزاء كسائر ما فيه مقدر ، (فإن جهل المقدار) أي مقدار الذاهب منهما أي جهلت نسبته منهما ، (فحكومة) كنقص السمع ، (وفي كسر الصلب الدية إذا لم ينجبر) قال في الشرح : وغيره ذكره في المبدع في موضع ، وهو موافق لما في كتاب عمرو بن حزم مرفوعاً : « وفي الصلب الدية » ، وروى الزهرى من رواية ابن المسيب قال : « مضت السُّنَّةُ أن في الصلب الدية » ، وقال القاضي فيه دية إلا أن يذهب مشيه أو جماعه ، وفي المبدع أيضاً إذا كسر صلبه فجبر وعاد إلى حاله فحكومة للكسر ، وإن احدوب فحكومة لهما أي للكسر والاحديداب ، (فإن ذهب به) أي بكسر الصلب (مشيه) ، فدية واحدة ، (أو) ذهب بكسر صلبه (نكاحه فدية واحدة) لأن الذاهب منفعة واحدة ، (وإن ذهبا) أي المشي والنكاح ، (فديتان) كما لو ذهبت منافع الإنسان مع بقائه ، (وإن جبر) الصلب بعد كسره (فعادت إحدى المنفعتين ، لم يجب إلا دية) المنفعة الذاهبة دون ما عادت ، (إلا أن تنقص الأخرى) التي عادت ، (أو تنقصا) أي

المنفعتان بلا ذهاب (فحكومة) للنقص ، (أو إن ادعى) المجنى عليه (ذهاب جماعه) بالجناية (فقال رجلان من أهل الخبرة إن مثل هذه الجناية تذهب الجماع ، فقول المجنى عليه مع يمينه) لأن الظاهر معه ، (وإن ذهب ماؤه) بالجناية (أو) ذهب (إحباله دون جماعه) بالجناية ، (ففيه الدية) لأن منفعته مقصودة أشبه السمع ، (وفي ذهاب الأكل) بالجناية (الدية) لأنه نفع مقصود كالشم ، (وفي إذهاب منفعة الصوت الدية) ذكره في الترغيب وغيره وفي الفنون لو سقاه زرق حمام فذهب صوته لزمه حكومة، (وفي الحدب) بفتح الحاء والدال (الدية) لأنه بذلك تذهب المنفعة والجمال لأن انتصاب القامة من الكمال والجمال وبه شرف الآدمي على سائر الحيوانات ، (فإن انحنى قليلا فحكومة) للنقص ، (وفي الصعر الدية) رواه مكحول عن زيد ولا يعرف له مخالف ولأنه أذهب الجمال والمنفعة ، (وهو) أي الصعر (أن يجنى عليه فيصير وجهه في جانب ولا يعود فلا يقدر على النظر أمامه ولا يمكنه لي عنقه) وأصل الصعر داء يأخذ البعير في عنقه فيلتوي منه عنقه ، قال تعالى : ﴿ ولا تصعر خدك للناس ﴾ [1] أي لا تعرض عنهم بوجهك ، (وإن صار الالتفات أو ابتلاع الماء أو) ابتلاع (غيره شاقاً عليه ، فـ)ـعلى الجاني (حكومة) لهذا النقص ، (وفي الذكر الدية) إجماعاً وتقدم (من صغير وكبير وشيخ وشاب) لعموم حديث عمرو بن حزم مرفوعاً : « وفي الذكر الدية » [2] رواه أحمد والنسائي ، (وإن قطع) الجاني (نصفه) أي الذكر (بالطول ففيه) الدية كاملة لأنه ذهب بمنفعته : الجماع ، (قال الموفق والشارح : وهذا هو الأولى ، قال في الإنصاف : وهو الصواب ، ونقل الموفق عن أصحابنا أن فيه نصف الدية وقطع به في المنتهى ، وإن قطع منه قطعة ما دون الحشفة وخرج البول على عادته وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية ، وإن خرج من موضع القطع وجب الأكثر) من الدية أو الحكومة ، (وفي حشفته) أي الذكر (الدية) قال في المبدع : بغير خلاف نعلمه لأن منفعته تكمل بالحشفة كما تكمل منافع اليد بالأصابع ، (وفي ذكر الخصي ولو جامع به) حكومة ، (و) في (ذكر العنين) حكومة ، (و) في (الذكر دون حشفته حكومة) لأنه لا مقدر فيه ولا يمكن إيجاب دية كاملة لذهاب منفعته ، (وفي الأنثيين الدية وفي إحداهما نصفها، فإن قطع الذكر والأنثيين معاً) فديتان ، (أو) قطع (الذكر ثم الأنثيين ، فديتان) لأن كل واحد منهما لو انفرد لوجب في قطعه الدية ، فكذا لو اجتمعا (وإن قطع الأنثيين ثم) قطع (الذكر ففي الأنثيين الدية) لأن قطعهما لم يصادف ما يوجب نقصهما من ديتهما ، (وفي الذكر حكومة) لأنه ذكر خصي ، (وإن رض أنثييه أو أرسلهما ،

---

(١) سورة لقمان الآية : ١٨ .
(٢) سبق تخريجه رقم ١ ص ٣٦ .

كملت ديتهما) كما لو قطعهما ، (وإن قطعهما) أي الأنثيين (فذهب نسله ، فدية واحدة) وكذا لو قطع إحداهما فذهب النسل فنصف الدية لأن دية منفعة العضو تندرج فيه كما سبق غير السمع والشم (وفي إسكتي المرأة) بكسر الهمزة وفتحها ، (وهما) أي إسكتاها (اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالفم وهما شفراها) ، وقال أهل اللغة : الشفران حاشيتا الإسكتين ، (الدية) لأن فيهما منفعة وجمالا وليس في البدن غيرهما من جنسهما ، (وفي إحدهما نصفها وسواء كانتا غليظتين أو دقيقتين قصيرتين أو طويلتين من بكر أو ثيب صغيرة أو كبيرة مخفوضة أي مختونة أو غير مخفوضة ولو من رتقاء) وان أشلهما ففيهما الدية كما لو جنى على شفتيه فأشلهما ، (وفي ركب المرأة) بالتحريك (وهو عانتها ، حكومة ، وكذا عانته) أي الرجل لأنه لا مقدر فيها ، (فإن أخذ منه) أى الركب (شيء مع فرجها أو) مع (ذكره ، فحكومة) لما أخذ منه (مع الدية) أي دية الفرج أو الذكر ، (وفي أصابع اليدين الدية ، وفي أصابع الرجلين الدية ، وفي كل أصبع عشرها) ؛ لما روي الترمذي وصححه عن ابن عباس مرفوعاً : « دية أصابع اليدين والرجلين عشرٌ من الإبل لكل أصبع » [1] ، وفي البخاري عنه مرفوعاً قال : « هذه وهذه سواءٌ » [2] يعني الخنصر والإبهام ، (وفي كل أنملة ثلث العشر) لأن دية الأصبع تقسم على أنامله كما قسمت دية اليد على أصابعها بالسوية ، (فإن كانت) الأنملة (من إبهام فنصف العشر) لأنهما مفصلان ، (وفي الظفر خمس دية الأصبع) ؛ لقول زيد ، وروى عن ابن عباس ولم يعرف لهما مخالف، (إذا قلعه ولم يعد) أو عاد أسود كما في المنتهى لذهاب جماله ، (وفي الإصبع الزائدة حكومة) لأنه لا مقدر فيه ، (وإن جنى على مثانته فلم يستمسك بوله ففيه الدية ، وإن جنى عليه) بأن ضرب بطنه أو نحوه (فلم يستمسك غائطه ، ففيه الدية) لأن ذلك منفعة كبيرة ليس في البدن مثلها والضرر بفواتها عظيم ، فكان في كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر ، (وإن أذهب المنفعتين فديتان) ولو بجناية واحدة لأن كلا منهما لو انفردت فيها الدية فكذا إذا اجتمعتا . (وفي ذهاب العقل الدية) ، قال في المبدع : بالإجماع ، وسنده ما في كتاب عمرو بن حزم ؛ ولأنه أكبر المعاني قدراً وأعظم الحواس نفعاً فإنه يتميز به من البهيمة وتعرف به صحة حقائق المعلومات ويهتدى به إلى المصالح

---

(١) الحديث أخرجه الشافعي في المسند ٢/ ١١١ - ١١٢ كتاب الديات الحديث (٣٧٧) ، وأخرجه أبو داود في السنن كتاب الديات : باب ديات الأعضاء الحديث (٤٥٦١) ، وأخرجه الترمذي في السنن (١٣/٤) كتاب الديات : باب ما جاء في دية الأصابع الحديث (١٣٩١) واللفظ له وقال : « هذا حديث حسن صحيح غريب » .

(٢) الحديث أخرجه البخارى في كتاب الديات : باب دية الأصابع .

ويدخل به في التكليف، وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات وأداء العبادات، فكان أولى من بقية الحواس ، (فإن نقص) العقل (نقصاً معلوماً مثل أن صار يجن يوماً ويفيق يوماً ، ففيه من الدية بقدر ذلك) الذاهب بالنسبة كذهاب سمع أذن ، (وإن لم يعلم) قدر الذاهب (مثل أن ضار مدهوشاً أو) صار (يفزع منه ويستوحش إذا خلا ، فحكومة) لذلك النقص ، (وإن أذهب عقله بجناية توجب أرشاً كالجراح) من موضحة أو غيرها ، (أو قطع عضواً من يديه أو رجليه أو غيرهما ، أو ضربه على رأسه) فذهب عقله ، (وجبت الدية) لذهاب العقل (و) وجب (أرش الجرح إن كان) ثم جرح ، (وإن جنى عليه فأذهب سمعه وعقله وبصره وكلامه وجب أربع ديات) لقضاء عمر رواه أحمد في رواية ولده عبد الله (مع أرش الجرح) إن كان كما لو ذهبت بجنايات ، (فإن مات) المجنى عليه (من الجناية لم يجب إلا دية واحدة) للنفس واندرج فيها ما عداها من المنافع كديات الأعضاء ، (وإن أنكر الجاني زوال عقله ونسبه إلى التجانن) يعني أن يتفعل الجنون ، (راقبناه) أي المجني عليه (في خلواته ، فإن لم تنضبط أحواله وجبت الدية) عملا بالظاهر (ولا يحلف) لعدم أهليته له ، (وفي تسويد الوجه إذا لم يزل - الدية) لأنه أذهب الجمال على الكمال أشبه قطع أذني الأصم ، (فإن حمره أو صفره) أي الوجه ، (فحكومة) لأن لم يذهب الجمال على الكمال .



« فصل في دية العضو الأشل »[1]

وفي العضو الأشل، (وهو الذي ذهبت منفعته من اليد والرجل والذكر والثدي ولسان الأخرس) الذي لا ذوق له (والعين القائمة في موضعها صورتها كصورة الصحيحة غير أنه ذهب بصرها وشحمة الأذن) وهي ما لان في أسفلها وهي معلق القرط (وذكر الخصي والعنين والسن السوداء التي ذهبت منفعتها بحيث لا يمكنه أن يعض بها شيئاً والذي دون حلمته والذكر دون الحشفة وقصبة الأنف دون مارنه واليد والأصبع الزائدين حكومة) لما حصل من النقص والشين مع عدم ورود تقديره في شيء منها والتقدير بابه التوقيف، (وتقدم بعضه) ويأتي معنى الحكومة في الباب بعده ، (ولا تجب دية جرح حتى يندمل) لما مر ، (ولا) تجب (دية سن و) لا دية (ظفر و) لا دية (منفعة) من بصر أو غيره (حتى ييأس من عودها) لما تقدم من أنه لا دية لما رجي عوده في مدة تقولها أهل الخبرة ، (فإن مات) المجنى عليه (في المدة) التي ذكر أهل الخبرة أن يعود فيها قبل

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس موجوداً في أى من النسخ .

العود ، (فلوليه دية) ما جنى عليه من (سن وظفر) ومنفعة لليأس من عوده بموته ، (وله القوَد في غيرهما) أي غير السن والظفر من الأعضاء لأن العادة لم تجر بعوده ، لكن لا يتقص إلا بعد الاندمال . لأنه لا يدري أقتل هو أم ليس بقتل فينتظر ليعلم حكمه وما الواجب فيه ؛ ولذا لم تجب ديته قبل الاندمال ، (وتقدم بعضه ، ولو التحمت الجائفة أو الموضحة وما فوقها) كالهاشمة والمنقلة (على غير شين ، لم يسقط موجبها) لأن الشارع أوجب فيها ذلك الأرش ولم يقيده بحال دون حال ؛ فوجب بكل حال .



باب

الشجاج وكسر العظام

(الشجة) واحدة الشجاج ، وهي (اسم لجرح الرأس و) جرح (الوجه خاصة) ، وقد تستعمل في غير ذلك من الأعضاء . قال ابن أبي الفتح : (وهي عشر) بالاستقراء، (خمس لا مقدر فيها) لأن التقدير من الشرع ، ولم يرد فيها ، (أولها الحارصة) بالحاء والصاد المهملتين ، (وهى التي تشق الجلد قليلا أي تقشره شيئاً يسيراً ولا تدميه) ، والحرص الشق ، ومنه حرص القصار الثوب إذا شقه قليلا وهي القاشرة والقشرة . قال ابن هبيرة : تبعاً للقاضي وتسمى الملطاة ، (ثم) ثانيها (البازلة وتسمى الدامية والدامعة) لقلة سيلان دمها تشبيهاً له بخروج الدمع من العين (وهي التي يسيل منها الدم ، ثم) ثالثها (الباضعة وهي التي تبضع اللحم) أي تشقه (بعد الجلد ، ثم) رابعها (المتلاحمة وهي ما أخذت في اللحم) أي دخلت فيه دخولا كثيراً فوق الباضعة ودون السمحاق ، (ثم) خامسها (السمحاق وهي التي بينها وبين العظم قشرة رقيقة) فوق العظم (تسمى تلك القشرة سمحاقاً و) لذلك (تسمى الجراح الواصلة إليها سمحاقاً ؛ فهذه الخمس فيها حكومة) ؛ لأنها جراحات لم يرد فيها توقيت من الشرع أشبهت جراحات البدن ، (وخمس) أي من الشجاج (فيها مقدر : أولها الموضحة) والوضح البياض (وهي التي توضح العظم) أي تبدي بياضه (أي تبرزه ولو بقدر رأس بزة ، وموضحة الرأس والوجه سواء) لعموم الأخبار ، (وفيها إن كانت من حر مسلم ولو أنثى خمس من الإبل) ، لما في حديث عمرو ابن حزم : « وفي الموضحة خمس من الإبل » ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « في المواضح خُمْسٌ خُمْسٌ »[1] رواه الخمسة ، (ولا يعتبر إيضاحها للناظر ، فلو أوضحه برأس مسلة أو) رأس (إبرة وعرف وصولها إلى العظم ، كانت موضحة) لأنها أوضحت العظم ، (فإن عمت الرأس) ونزلت إلى الوجه ، فموضحتان (أو لم تعمه) أي الرأس (ونزلت إلى الوجه فموضحتان) لأنه أوضحه في عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كما لو أوضحه في رأسه ونزل إلى القفا ، (وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز، فعليه) أي الجاني (أرش موضحتين) عشرة أبعرة ، (فإن خرق الجاني ما بينهما) أي الموضحتين ، صارتا واحدة ، (أو ذهب ما بين) الموضحتين (بالسراية صارا موضحة

---

(١) سبق تخريجه في عدة مواضع .

واحدة) كما لو أوضحه الكل من غير حاجز ، (ومثله لو قطع ثلاث أصابع امرأة) حرة مسلمة ، (فعليه ثلاثون من الإبل ، فإن قطع الرابعة قبل البرء عاد) ما عليه إلى عشرين) كما تقدم عن سعيد بن المسيب ، وقوله : هكذا السنة ، (فإن اختلفا) أي الجاني والمجني عليها (في قطعها) أي الأصبع الرابعة بأن قال الجاني : إنه قطعها أو أنها ذهبت بالسراية وقالت : بل قطعها غيرك ، (فقول مجنى عليها) لأن الظاهر معها فيلزمه ثلاثون بعيراً ، ولا يقبل قولها على الغير بلا بينة ؛ لأن الأصل براءته ، (وإن اندملت الموضحتان ثم أزال) الجاني الحاجز بينهما فعليه أرش ثلاث مواضح) لأنه استقر عليه أرش الأولين بالاندمال ثم لزمه أرش الثالثة ، (وإن اندملت إحداهما ثم زال الحاجز بفعله) أي الجاني (أو بسراية الأخرى) التى لم تندمل ، (فموضحتان) لأنه استقر عليه أرش التى اندملت وما عداها موضحة واحدة كما لو لم يكن معها غيرها ، (وإن خرقه) أي الحاجز بين موضحتين (أجنبي فعلى الأول أرش موضحتين وعلى الثاني أرش موضحة ؛ لأن فعل أحدهما لا ينبني على فعل الآخر) ، فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته ، (وإن أزاله) أي الحاجز بينهما (المجنى عليه ، فعلى الأول أرش موضحتين) لأن ذلك وجب عليه لجنايته فلم يسقط عنه شيء بفعل غيره ، (فإن اختلفا فيمن خرقه) أي الحاجز بينهما (فقال الجاني : أنا شققت ما بينهما ، وقال المجني عليه: بل أنا) الخارق لما بينهما ، (أو) قال المجنى عليه للجاني (أزالها آخر سواك ، فقول المجنى عليه) بيمينه ؛ لأن سبب أرش موضحتين قد وجد الجاني يدعي زواله والمجروح ينكره ، والقول قول المنكر ؛ لأن الأصل معه ، (وإن خرق الجاني ما بينهما) أي الموضحتين (في الباطن بأن قطع اللحم الذي بينهما وترك الجلد الذي فوقهما ، صارا) موضحة (واحدة) لاتصالهما في الباطن ، وكذا لو خرقه ظاهراً وباطناً كما يعلم مما تقدم ، (وإن خرقه) أي الحاجز (في الظاهر فقط ، فثنتان) أي موضحتان لعدم اتصالهما باطناً (كما لو جرحه جراحاً واحدة وأوضحه في طرفيها) أي الجراحة فموضحتان ، (وإن شج جميع رأسه سمحاقاً إلا موضعاً منه أوضحه ، لم يلزمه أكثر من أرش موضحة كما لو أوضحه) أي الرأس (كله) ، أي لأنه لو أوضحه في رأسه كله لم يلزمه سوى أرش موضحة فهنا أولى ، (وإن شجه شجة بعضها هاشمة وباقيها دونها) أي دون الهاشمة موضحة كانت أو دونها ، (لم يلزمه أكثر من أرش هاشمة) كما لو هشمه في رأسه كله ، (وإن كانت) الشجة (منقلة وما دونها أو) كانت (مأمومة وما دونها فعليه ، أرش منقلة) فقط (أو مأمومة) لما تقدر في الموضحة والهاشمة ، (ثم) يلي الموضحة (الهاشمة وهي التي توضح العظم) أي تبرزه (وتهشمه) أي تكسره ، (وفيها عشر من الإبل) روي عن زيد بن ثابت ومثل ذلك لا

يقال بالرأي فيكون توقيفاً ، (فإن هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيهما عشرون من الإبل على ما ذكرنا من التفصيل في الموضحة) بلا فرق ، (وتستوي الهاشمة الصغيرة والكبيرة كالموضحة) لأن الاسم يتناولهما (وإن ضربه بمثقل فهشمه من غير أن يوضحه، فحكومة) لأن ذلك ليس بهاشمة ولا تقدير فيه يرجع إليه فوجب فيه حكومة ، (وإن أوضحه موضحتين هشم العظم في كل واحدة منهما واتصل الهشم في الباطن ، فـ)ـهما (هاشمتان) فيهما عشرون بعيراً ؛ لأن الهشم إنما يكون تبعاً للإيضاح فإذا كانتا موضحتين كان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة فإنها ليست تبعاً لغيرها ، فافترقا ، (ثم) يلي الهاشمة (المنقلة وهي التي توضح) العظم (وتهشم) العظم (وتنقل عظامها بتكسيرها ، وفيها خمس عشرة من الإبل) بإجماع أهل العلم . حكاه ابن المنذر في كتاب عمرو بن حزم الذي كتبه النبيّ ﷺ ، وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل ، (وفي تفصيلها) أي المنقلة (ما في تفصيل الموضحة والهاشمة على ما مضى) توضيحه ، (ثم) يلي المنقلة (التي تصل إلى أم الدماغ وهي) أي أم الدماغ (جلدة فيها الدماغ) قال النضر ابن شميل : أم الرأس الخريطة التي فيها الدماغ ، سميت بذلك لأنها تخرط الدماغ وتجمعه ، (وفيها ثلث الدية) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم : « في المأمومة ثلث الدية » ، وعن ابن عمر مرفوعاً مثل ذلك ، ثم يلي المأمومة الدامغة بالغين المعجمة وهي المذكورة بقوله : (وفي الدامغة ما في المأمومة) أي ثلث الدية لأنها أبلغ من المأمومة ولا يسلم صاحبها في الغالب ، (وهي) أي الدامغة (التي تخرق جلدة الدماغ ، وإن أوضحه جان ثم هشمه ثان ثم جعلها) أي الشجة المذكورة (ثالث ثم) جعلها (رابع مأمومة أو دامغة ، فعلى الرابع ثمانية عشر وثلاث من الإبل) لأنها تفاوت ما بين المنقلة والمأمومة أو الدامغة ، (وعلى كل واحد من الثلاثة قبله خمس من الإبل) لأنها تفاوت ما بين الشجتين على ما تقدم .



« فصل في دية الجائفة » (١)

وفي الجائفة ثلث الدية ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم : «وفي الجائفة ثلث الدية » ، ولحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وسواء كانت عمداً أو خطأ . (وهي) أي الجائفة (التي تصل إلى باطن الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو نحر) ، قال في المبدع : وحلق ومثانة وبين خصيتين ودبر ، وفي الرعاية : وهي ما وصل جوفاً فيه قوة يحيله الغذاء من ظهر أو بطن وإن لم تخرق الأمعاء ، أو صدر أو

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس موجودًا في أى من النسخ .

نحر أو دماغ وإن لم تخرق الخريطة ، أو مثانة ، أو ما بين وعاء الخصيتين والدبر ، (وإن أجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية) لكل جائفة ثلث ، (وإن خرق الجاني ما بينهما) صارا واحدة (أو خرق) ما بينهما (بالسراية : صارا جائفة واحدة فيها ثلث الدية لا غير) ذلك كما تقدم في الموضحة ، (وإن خرق ما بينهما) أي الجائفتين (أجنبي أو) خرقه (المجنى عليه ، فعلى الأول ثلثا الدية وعلى الأجنبي الثاني ثلثها) لأن فعل أحدهما لا ينبني على فعل الآخر ، والمراد هنا الأجنبي غير الجاني والمجني عليه ووليه والطبيب بأمره ، (ويسقط ما قابل فعل المجنى عليه ، فلا يجب به شيء لأن الإنسان لا يجب له على نفسه أرش ، (وإن احتاج) المجنى عليه) أو) خرقها (غيره بأمره أو) خرقها (ولي المجنى عليه لذلك) أي للمداواة (أو) خرقها (الطبيب بأمره) أي أمر المجني عليه إن كان مكلفاً أو بأمر ولي غيره ، (فلا شيء في خرق الحاجز) على أحد ، (وعلى الأول ثلثا الدية) لأن فعله لا ينبني على فعل غيره ، وإن جرحه من جانب فخرج من الجانب الآخر ، فجائفتان لما روى سعيد بسنده إلى أبي بكر « أنه قضى في جائفة نفذت بثلثي الدية » ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : «أن عمر قضى في الجائفة إذا نفذت بأرش جائفتين » ، وكما لو طعنه من جانبين فالقا ، والاعتبار بوصول الجرح إلى الجوف ، ولا عبرة بكيفية إيصاله ؛ إذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوي في المعنى ، (وإن خرق شدقه أو) خرق (أنفه فوصل إلى فمه فليس بجائفة لأن باطن الفم في حكم الظاهر) لا الباطن ، وعليه حكومة ، (وإن طعنه في خده فكسر العظم ووصل إلى فمه ، فليس بجائفة أيضاً) ؛ لما ذكر من أن باطن الفم في حكم الظاهر ، (وعليه دية منقلة) خمسة عشر بعيراً (لكسر العظم ، وفيما زاد) على كسر العظم (حكومة) لما نقص ، (وإن جرحه في ذكره فوصل) الجرح (إلى مجرى البول ، أو) جرحه (في جفنه فوصل) الجرح (إلى بيضة عينه ، فحكومة) لأن ذلك ليس بباطن فليس بجائفة ، (كإدخاله إصبعه في فرج بكر وداخل عظم فخذ، وإن جرحه في وركه فوصل الجرح أو أوضحه فوصل) الجرح (إلى قفاه ، فعليه) في الأولى (دية جائفة) وحكومة ، (و) في الثاني دية (موضحة وحكومة كجرح القفا والورك)؛ لأن الجراح في غير موضع الجائفة والموضحة فانفرد فيه الضمان، كما لو لم يكن معه جائفة أو موضحة. وأما الحكومة فلأنه لا توقيت فيه ، (وإن أجافه) واحد (ووسع آخر الجرح فجائفتان على كل واحد منهما أرش جائفة) لأن فعل كل واحد منهما لو انفرد لكان جائفة فلا يسقط حكمه بانضمامه إلى غيره ، (وإن وسعها الطبيب بإذنه) أي المجنى عليه المكلف (أو) وسعها الطبيب (بإذن وليه) إن لم يكن مكلفاً (لمصلحته ، فلا شيء عليه) لعدم تعديه ، (وإن أدخل) مكلف (سكيناً في الجائفة ثم أخرجها عزر) ؛ لارتكابه معصية،

(ولا شيء عليه) لعدم جنايته ، (وإن خاطها) أي الجائفة (فجاء آخر فقطع الخيط وأدخل السكين فيها قبل أن تلتحم ، عزر أشد من التعزير الذي قبله) لأن فعله أشد (وغرم ثمن الخيوط) لإتلافه لها تعدياً (وأجرة الخياط) لتسببه في ذلك ، (ولا شيء عليه) أيْ لا دية للجائفة عليه إن لم يجفه ، (وإن التحمت الجائفة ففتحها آخر فهي جائفة أخرى عليه أرشها) أي ثلث الدية لأنه عاد إلى الصحة فصار كالذي لم يجرح ، (وإن التحم بعضها) أي الجائفة (دون بعض ففتق ما التحم ، فعليه أرش جائفة) لما سبق وإن فتق غير ما التحم فليس عليه أرش جائفة لأنه لم يعد إلى الصحة ، (وحكمه حكم من فعل مثل فعله قبل أن يلتحم منها شيء) فيغرم ثمن الخيوط وأجرة الخياط ، (وإن وسع بعض ما التحم في الظاهر فقط أو) وسعه في (الباطن فقط ، فعليه حكومة) لتوسيعه لأن جنايته لم تبلغ الجائفة ، (ومن وطىء زوجته وهي صغيرة) لا يوطأ مثلها لمثله (أو) وطئها وهي (نحيفة لا يوطأ مثلها لمثله فخرق ما بين مخرج بول ومني أو) خرق (ما بين القبل والدبر فلم يستمسك البول ، لزمته الدية) لأن للبول مكاناً في البدن يجتمع فيه للخروج ، فعدم إمساك البول إبطال لنفع ذلك المحل فتجب فيه الدية كما لو يستمسك الغائط ، (وإن استمسك) البول (فعليه ثلث الدية) لأنها جائفة ، ولما روى أن عمر « قضى في الإفضاء بثلث الدية » ولم يعرف له مخالف من الصحابة ، (ويلزمه المهر المسمى في النكاح) لأنه تقرر بالدخول (مع أرش الجناية) السابق وهو الدية إن لم يستمسك بول ، وإلا فثلثها لأن كلا منهما يضمن منفرداً فضمنا مجتمعين ، (ويكون أرش الجناية في ماله) أي الجاني (إن كان عمداً محضاً) لأن العاقلة لا تحمله ، (وهو) أي العمد المحض (إن لم يعلم) الزوج (أنها لا تطيقه وإن وطأها يفضيها ، وإن علم ذلك) أي أنها لا تطيقه (وكان) وطؤه (مما يحتمل أن لا يفضى إليه) أي إلى الإفضاء، (فـ)ـالأرش (على العاقلة) لأنه شبه عمد ، (وإن اندمل الحاجز وزال الإفضاء، وجبت حكومة) لجبر ما حصل من النقص . قاله في الشرح (فقط) ، وفيه نظر لأنه تقدم في آخر الباب قبله ، ولو التحمت الجائفة لم يسقط موجبها . قال في الإنصاف : رواية واحدة قاله في المجرد وغيره ، (وإن كانت) الزوجة (كبيرة محتملة للوطء يوطأ مثلها لمثله) فهدر لأنه ضرر حصل من فعل مأذون فيه شرعاً فلم يضمنه كسراية القود ، (أو) كانت الموطوءة (أجنبية كبيرة مطاوعة ولا شبهة وهي حرة مكلفة) ووقع ما سبق ، (فهدر) لأنه ضرر حصل من فعل مأذون فيه فلم يضمنه كأرش بكارتها، (ولا مهر) للأجنبية لأنها زانية مطاوعة (كما لو أذنت في قطع يدها فسرى) القطع (إلى نفسها ، وإن كانت) الأجنبية (مكرهة أو وطئها بشبهة فأفضاها ، لزمه ثلث ديتها) إن استمسك البول ، وإلا فالدية كما سبق ، (و) لزمه (مهر مثلها) بما

استباح من فرجها ، (و) لزمه (أرش البكارة) قال في الفروع : ولا يندرج أرش بكارة في دية إفضاء على الأصح . قال في الإنصاف : وجزم بوجوب أرش البكارة في الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة وغيرهم . انتهى . لكن تقدم في كتاب الصداق أن أرش البكارة يدخل في المهر إذا كانت حرة وأنه يجب مهرها بكراً فقط ، فينبغي حمل ما ذكره هو لا على إفضاء لا يجب معه مهر بأن يكون بغير وطء ويدل عليه قول الفروع في دية إفضاء، ولم يقبل في مهر ، (وإن استطلق بولها) أي الأجنبية المكرهة أو الموطوءة بشبهة ، (فدية فقط) أي فلا يجب معها ثلث دية للفتق ، وليس المراد الاحتراز عن المهر إن وطيء ، ولا عن أرش البكارة على ما تقدم كما يدل عليه كلام المبدع وغيره .



« فصل في دية الضلع »(1)

وفي كسر الضلع بكسر الضاد وفتح اللام وتسكينها لغة : واحد الضلوع المعروفة (بعير) إن جبر مستقيما ، (وفي الترقوتين) واحدهما ترقوة بالفتح . قال الجوهري : ولا تقل ترقوة بالضم ، (بعيران ، وفي أحدهما بعير . والترقوة : العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكتف ، لكل آدمي ترقوتان) روى سعيد عن عمر قال : « في الضلع جمل وفي الترقوة جمل » ، وظاهر الخرقى وجزم به في الإرشاد ، إن في الواحدة بعيرين فيكون فيهما أربعة أبعرة ، وروي عن زيد ، لكن قال القاضي : المراد بقول الخرقى الترقوتان معاً ، وإنما اكتفى بلفظ الواحد لإدخال الألف واللام المقتضية للاستغراق فيكون في كل ترقوة بعير . (وفي كل واحد من الذراع وهو الساعد الجامع لعظمي الزند) بفتح الزاي وهو ما انحسر عنه اللحم من الساعد ، قال الجوهري : الزند وصل طرف الذراع بالكف وهما زندان بالكوع والكرسوع ، وهو طرف الزند الذي يلي الخنصر وهو الناتيء عند الرسغ ، (و) من (العضد والفخذ والساق إذا جبر ذلك مستقيماً) بأن بقي على ما كان عليه من غير أن يتغير عن صفته (بعيران) لما روي سعيد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : «أن عمرو بن العاص كتب إلى عمر في أحد الزندين إذا كسر، فكتب عمر أن فيه بعيرين ، وإذا كسر الزنديين ففيهما أربعة أبعرة » ولم يعرف له مخالف في الصحابة فكان كالإجماع وبقية العظم المذكورة كالزند ، (وإلا) أي وإن لم ينجبر ما تقدم من الضلع والترقوة والزند والفخذ والساق (فحكومة) لذلك النقص ، (ولا مقدر في غير هذه العظام) لعدم التقدير فيه ، (وما عدا ما ذكرنا من الجروح وكسر

---

(1) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس موجوداً فى أى من النسخ .

العظام مثل خرزة الصلب والعصعص) بضم العينين وقد تفتح الثانية للتخفيف : عجب الذنب ، وهو العظم الذي في أسفل الصلب عند العجز وهو العسيب من الدواب ، قاله في الحاشية (والعانة ، ففيه حكومة) لأنه لم يرد فيه تقدير ، (وخرزة الصلب) فقاره (أن أريد بها كسر الصلب ، ففيه الدية) قاله في الشرح والمبدع ، وقال القاضي : فيه حكومة كما تقدم وتقدم توجيهه ، (والحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهي) أي الجناية (به قد برئت ، فما نقص من القيمة فله) أي المجني عليه (مثله) بالنسبة (من الدية) أي دية المجنى عليه ، (كأن كان قيمته) أي المجنى عليه لو فرض قنا (وهو صحيح عشرون وقيمته وبه الجناية تسعة عشر ، ففيه نصف عشر ديته) لأن الناقص بالتقويم واحد من عشرين وهو نصف عشرها فيكون للمجنى عليه نصف عشر ديته ضرورة إن الواجب مثل ذلك من الدية ، (إلا أن تكون الحكومة في شيء فيه مقدر فلا لم يبلغ به) أي بحكومته (أرش المقدر ، فإن كانت) الحكومة (في الشجاج التي دون الموضحة لم يبلغ بها) أي الحكومة (أرش الموضحة ، وإن كانت) الحكومة (في أصبع لم يبلغ بها دية الأصبع ، وإن كانت) الحكومة (في أنملة لم يبلغ بها ديتها) والنقص على حسب اجتهاد الحاكم * لا يقال : قد وجب في بعض البدن أكثر مما وجب في جميعه ووجب في منافع الإنسان أكثر من الواجب فيه * لأنه إنما وجب دية النفس دية عن الروح وليست الأطراف بعضها بخلاف مسئلتنا ، ذكره القاضي . (وإن كانت) الجناية (مما لا تنقص شيئاً بعد الاندمال قومت حال الجناية) لأنه لا بد من نقص لأجل الجناية ، (ولا تكون) الجناية (هدرا) فإذا كان التقويم بعد الاندمال ينفى ذلك وجب أن يقوم في حال جريان الدم ليحصل النقص ، (فإن لم تنقصه حال الجناية ولا بعد الاندمال أو زادته) الجناية (حسناً كإزالة لحية امرأة أو أصبع أو يد زائدة ، فلا شيء فيها) إذ لم يحصل بالجناية نقص في جمال ولا نفع ، (كما لو قطع سلعة أو ثؤلولا أو بط جراحاً ، وإن لطمه في وجهه فلم يؤثر فلا ضمان) لأنه لم يحصل نقص (ويعزر كما لو شتمه) ؛ لأنه ارتكب معصية .



باب
العاقلة وما تحمله

وهي جمع عاقل ، يقال عقلت فلاناً إذا أديت ديته وعقلت عن فلان إذا غرمت عنه ديته ، وأصله من عقل الإبل وهي الحبال التي تثني بها أيديها إلى ركبها ، وقيل من العقل وهو المنع لأنهم يمنعون عن القاتل ، وقيل لأنهم يتحملون العقل وهو الدية سميت بذلك لأنها تعقل لسان ولي المقتول والعاقلة (من غرم ثلث فأكثر بسبب جناية غيره) وهو تعريف بالحكم فيدخله الدور فلذلك رفعه بقوله ، (فعاقلة الجاني ذكرا كان أو أنثى ذكور عصبته نسباً) كالآباء والأبناء والإخوة لغير أم والأعمام كذلك ، (وولاء) كالمعتق وعصبته المعتصبين بأنفسهم (قريبهم وبعيدهم حاضرهم وغائبهم صحيحهم ومريضهم ، ولو هرما وزمنا وأعمى) لما روى أبو هريرة قال : « قضى رسول الله ﷺ في جنين امرأة من بنى لحيان سقط ميتاً بغرة عبد أو أمة ثم إن المرأة التى قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله ﷺ أن ميراثها لبنيها وزوجها وأن العقل على عصبتها » [1] متفق عليه. وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله ﷺ قضى أن يعقل عن المرأة عصبتها من كانوا ، ولا يرثون منها إلا ما فضل عن ورثتها » [2] رواه الخمسة إلا الترمذي. (ومنهم) أي العاقلة (عمودا نسبه : آباؤه) أي أبوه وإن علا بمخض الذكور، (وأبناؤه) وإن نزلوا بمحض الذكور لأنهم أحق العصبات بميراثه فكانوا أولى بتحمل عقله ، (ولا يعتبر) في العاقلة (أن يكونوا وارثين في الحال) أي حال العقل ، (بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا) لأنهم عصبة أشبهوا سائر العصبات ، يحققه أن العقل موضوع على التناصر وهم من أهله . (وليس منهم) أي العاقلة (الإخوة لأم ولا سائر ذوي الأرحام) ولا النساء لأنهم ليسوا من ذوي النصرة ، (ولا الزوج ولا المولى من أسفل) وهو العتيق لأنه لا يرث ، (ولا مولى الموالاة وهو الذي يوالي رجلا يجعل

---

(١) الحديث متفق عليه أخرجه البخارى في كتاب الديات : باب جنين المرأة ، وأخرجه مسلم في كتاب القسامة : باب دية الجنين .

(٢) الحديث أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٢٢٤ ، وأخرجه أبو داود في السنن كتاب الديات : باب ديات الأعضاء الحديث (٤٥٦٤) واللفظ له ، وأخرجه النسائي في المجتبى من السنن ٨/ ٤٢ - ٤٣ كتاب القسامة : باب ذكر الاختلاف على خالد الحذاء ، وأخرجه ابن ماجة في السنن ٢/ ٨٧٨ إلى ٨٧٩ ، كتاب الديات : باب دية الخطأ ، الحديث (٢٦٣٠) .

له ولاءه ونصرته) لحديث « إنما الولاء لمن أعتق » ، (ولا الحليف الذي يحالف آخر على التناصر ، ولا العديد وهو الذي لا عشيرة له ينضم إلى عشيرة فيعد منهم) لأنه لا نص في ذلك ولا هو في معنى المنصوص عليه ، (وإن عرف نسب قاتل من قبيلة ولم يعلم من أي بطونها ، لم يعقلوا عنه) لأنهم لا يرثونه ، (ولا مدخل لأهل الديوان في المعاقلة) فإذا قتل واحد من ديوان لم يعقلوا عنه كأهل محلته لأنهم لا يرثون ، (وليس على فقير ولو معتملاً) حمل شيء من الدية ؛ لأن حمل العاقلة مواساة فلا يلزم الفقير كالزكاة ؛ ولأنه وجب على العاقلة تخفيفاً على القاتل فلا يجوز التثقيل على الفقير لأنه كلفة ومشقة ، (ولا صبي ولا زائل العقل) لأن الحمل للتناصر وهما ليسا من أهله ، (ولا امرأة) لما تقدم ، (ولا خنثى مشكل ولو كانوا معتقين) لاحتمال أن يكون الخنثى امرأة ، (ولا رقيق) لأنه أسوأ حالا من الفقير ، (ولا مخالف لدين الجاني حمل شيء من الدية) لأن حملها للنصرة ولا نصرة لمخالف في دينه ، (ويحمل الموسر من غيرهم) أي غير الصبي وزائل العقل والمرأة والخنثى والرقيق والمخالف إذا كان عصبة ، (وهو) أي الموسر (هنا من ملك نصاباً) زكويا (عند حلول الحول فاضلا عنه) أي عن حاجته (كحج وكفارة ظهار) فيعتبر أن يفضل عن حاجته الأصلية وعياله ووفاء دينه ، (وخطأ الإمام والحاكم في أحكامهما في بيت المال) لأن خطأه يكثر فيجحف بعاقلته ولأنه نائب عن الله فكان أرش جنايته في مال الله (كخطأ وكيل) ؛ فإنه على موكله يعني أن الوكيل لا يضمنه ، (فعلى هذا للإمام عزل نفسه) ذكره القاضي وغيره ، قاله في الفروع والمبدع والتنقيح ، (وخطؤهما الذي تحمله العاقلة) وهو خطؤهما في غير حكمهما (وشبهه) أي شبه الخطأ إذا كان (في غير حكم ، على عاقلتهما) أي الإمام والحاكم كخطأ غيرهما، (وكذا الحكم إن زاد سوط الخطأ في حد أو تعزير أو جهلا حملا أو بأن من حكما) أي الإمام والحاكم (بشهادته غير أهل في أنه من بيت المال) لأنه من خطئه في حكمه ، (ويأتي في كتاب الحدود . ولا تعاقل بين ذمي وحربي فلا يعقل أحدهما عن الآخر لعدم التناصر) وقيل إن التوارث . (بل بين ذميين إن تحدث مثلها فلا يعقل يهودي) عن نصراني (ولا نصراني عن الآخر) أي عن يهودي لعدم التوارث والتناظر ، (فإن تهود نصراني أو تنصر يهودي أو ارتد مسلم لم يعقل عنهم أحد) لأنهم لم يقروا على ذلك الدين (وتكون جناياتهم في أموالهم كسائر الجناية التى لا تحملها العاقلة ، ومن لا عاقلة له أوله) عاقلة (وعجزت عن الجميع ، فالدية) أي عجزوا عن الكل (أو باقيها) إن أدوا البعض وعجزوا عن الباقي (عليه) أي الجاني (إن كان ذمياً) لأن بيت المال لا يعقل عنه (وإن كان) الجاني (مسلماً أخذت) الدية (أو) أخذ (باقيها من بيت المال)؛ حيث لا عاقلة ، أو عجزت لأن المسلمين يرثون من لا وارث له فيعقلون عنه عند

عدم عاقلته كعصابته ، فتؤخذ (حالة دفعة واحدة) لأنه صلى الله عليه وسلم أدى دية الأنصارى دفعة واحدة وكذا عمر ، لأن الدية إنما أجلت على العاقلة تخفيفاً ، ولا حاجة إلى ذلك في بيت المال ؛ (فإن تعذر) الأخذ من بيت المال إذن (فليس على القاتل شيء لأن الدية تلزم العاقلة ابتداء) بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها ، فلا تجب على غير من وجبت عليه كما لو عدم القاتل وعنه تجب في مال القاتل ، قال في المقنع : وهو أولى من إهدار دم الأحرار في أغلب الأحوال ؛ فإنه لا يكاد توجد عاقلة تحمل الدية كلها ، ولا سبيل إلى الأخذ من بيت المال فتضيع الدماء ، والدية تجب على القاتل ثم تتحملها العاقلة ، وإن سلمنا وجوبها عليهم ابتداء لكن مع وجودهم كما قالوا في المرتد ، يجب أرش خطئه في ماله لأنه لا عاقلة له تحملها ، (وإن رمى ذمى) صيداً ثم تغير دينه (أو) رمى (مسلم صيداً ثم تغير دينه ثم أصاب السهم آدمياً فقتله ، فالدية في ماله) لأنه قتيل في دار الإسلام معصوم نفذ حل عاقلته عقله ، فوجب على عاقلته ، ولا يعقله عصبة القاتل المسلمون لأنه لم يكن مسلماً حال رميه ولا المعاهدون لأنه لم يقتله إلا وهو مسلم ، (ولو اختلف دين جارح حالتي جرح وزهوق) بأن جرحه وهو مسلم ثم تغير دينه أو وهو ذمي ثم أسلم ثم مات المجرح ، (حملته عاقلته حال الجرح) لأنه لم يصدر منه فعل بعد الجرح ، (ولو جنى ابن المعتقة من عبد فعقله على موالى أمه) ؛ لأنهم مواليه ؛ ولقوله صلى الله عليه وسلم : « الولاء لحمة كلحمة النسب » ، (فإن عتق أبوه وانجر ولاؤه) لموالي أبيه (ثم سرت جنايته) ، خطأ فأرشها في ماله لتعذر حمل العاقلة ، قاله في المقنع وجزم به في المغنى والشرح وشرح ابن منجا وغيرهم ، قال في الإنصاف : وهو المذهب قال : قاله في الفروع إلى أن قال : وإن انجر ولاء ابن معتقة بين جرح أو رمى وتلف فكتغير دين ، وقاله في المحرر وغيرهم، انتهى . فعلى هذا تكون في هذه المسألة وهي مسألة الجرح على عاقلته حال الجرح كما في تغير الدين إذ لا فرق بينهما ؛ ولذلك حول صاحب المبدع عبارة المقنع على ذلك ولم يتبع صاحب المنتهى كلامه في الإنصاف أولاً ولا المقنع مع التنقيح لم يخالفه (أو رمى) ابن المعتقة من عبد (بسهم فلم يقع السهم حتى عتق أبوه ، فأرشها) أي الجناية (في ماله) أي الجاني لا يحمله أحد لما سبق في تغير الدين .



فصل فيما تحمله العاقلة [1]

(ولا تحمل العاقلة عمداً محضاً ولو لم يجب فيه القصاص كالجائفة) ؛ لما روى عن

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس موجودًا فى أى من النسخ .

ابن عباس مرفوعاً قال : « لا تحمل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافاً » ، وروى عن ابن عباس موقوفاً ولم يعرف له في الصحابة مخالف فيكون كالإجماع : وعن عمر نحوه رواه الدارقطني [١] ، وعن الزهري قال « مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئاً من دية العمد إلا أن تشاء » [٢] رواه مالك ، ولأن حمل العاقلة في الخطأ إنما هو مواساة للعذر ، والعامد ليس بمعذور ، (ولا) تحمل العاقلة (عبداً قتل عمداً أو خطأ ، ولا) دية (طرفه ولا جنايته) لما سبق ، (ولا) تحمل (قيمة دابة) كالعبد ، (ولا) تحمل صلح (إنكار ، ولا) تحمل (اعترافاً بأن يقر على نفسه بجناية خطأ أو شبه عمد توجب ثلث الدية فأكثر إن لم تصدقه العاقلة) لما سبق ، (ولا) تحمل (ما دون ثلث الدية الكاملة وهي دية الذكر الحر المسلم) لقضاء عمر أنها لا تحمل شيئاً حتى يبلغ عقل المأمومة ، ولأن الأصل وجوب الضمان على الجاني لأنه هو المتلف ، فكان عليه كسائر المتلفات . لكن خولف في الثلث لإجحافه بالجاني لكثرته ، فما عداه يبقى على الأصل ، والثلث حد الكثير للخبر (إلا غرة جنين مات مع أمه بجناية واحدة أو) مات (بعد موتها) لأن الجناية واحدة فتبعها مع زيادتها مع الثلث ، و (لا) تحمل الغرة إن مات الجنين (قبلها) أي قبل أمه مع اتحاد الجناية فلا تحملها العاقلة ؛ (لنقصه عن الثلث) ولا تبعية لموته قبلها ، (فهذا كله) أي العمد المحض وقيمة الدابة وصلح الإنكار والاعتراف ، وما دون ثلث الدية (في مال الجاني حالا) لأن الأصل وجوب الجناية على الجاني حالا لأنه بدل متلف قيمة المتاع ، خولف في غير ذلك لدليل . فبقي على الأصل، (وتحمل) العاقلة (دية المرأة) المسلمة لأنها نصف الدية الكاملة بخلاف دية الكافرة فلا تحملها لأنها دون الثلث ، (وتحمل) العاقلة (من جراحها) أي المسلمة (ما يبلغ أرشه ثلث الدية الكاملة فأكثر كدية أنفها) لأن فيه ديتها وهي نصف الدية الكاملة ، و (لا) تحمل دية (يدها) لأنها نصف ديتها وهي الربع ، (وكذا حكم الكتابي) فتحمل ديته وما يبلغ أرشه من جراحة ثلث الدية الكاملة كأنفه ولسانه لا يده ورجله ، (ولا تحمل شيئاً من دية المجوسي والوثني لأنها دون الثلث ، وتحمل) العاقلة (شبه العمد كالخطأ وما أجرى مجراه) لحديث أبي هريرة : « اقتتلت امرأتان من هذيل » الحديث، وتقدم ، ولأنه لا يوجب قصاصاً كالخطأ ، (وما يحمله كل واحد من العاقلة غير مقدر) لأن التقدير من الشرع ولم يرد به ، (وترجع فيه إلى اجتهاد الحاكم ، فيحمل كل

---

(١) الحديث أخرجه الدارقطنى في السنن كتاب الحدود والديات وغيره : باب الحدود والديات وغيره.

(٢) الحديث أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٨٦٥ كتاب العقول : باب ما يوجب العقل على الرجل في خاصة ماله ، راجع الموطأ طبع عيسى الحلبى .

إنسان ما يسهل) عليه ، (ولا يشق) لأن التحمل على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه ولا يخفف عن الجاني ما يثقل على غيره ، ولأن الإجحاف لو كان مشروعاً كان الجاني أحق به ، (ويبدأ) الحاكم (بالأقرب فالأقرب كعصبات في ميراث ، لكن يؤخذ من بعيد لغيبة قريب) لمحل الضرورة ، (فإن اتسعت أموال الأقربين لها) أي الدية (لم يتجاوزهم) أي لم ينتقل لغيرهم لأنه حق يستحق بالتعصيب فيقَدَّم الأقرب كالميراث ، (وإلا) أي وإن لم تتسع أموال الأقربين لها (انتقل إلى من يليهم) لأن الأقربين لو لم يكونوا موجودين ، علقت الدية بمن يليهم فكذا إذا تحمل الأقربون ما وجب عليهم وبقيت بقية ، (فيبدأ بالآباء ثم بالابناء الأقرب فالأقرب . ومقتضى كلامه في الإنصاف : أنه يبدأ بالأبناء ثم بالآباء ، وقد ذكرنا كلامه في) الحاشية (ثم بالإخوة) يقدم من يدلي بأبوين على من يدلي بأب ، (ثم بنيهم) كذلك ، (ثم أعمام بنيهم) كذلك ، (ثم أقارب الأب ثم بنيهم) كذلك ، (ثم أعمام الجد ، ثم بنيهم كذلك ، فإذا انقرض المناسبون) أي العصبة من النسب ، (فعلى المولي المعتق ثم على عصابته) الأقرب فالأقرب كالميراث ، (فإن كان المعتق) للجاني (امرأة حمل عنها جناية عتيقها من يحمل جنايتها من عصباتها) كالآباء والأبناء والإخوة والأعمام . وقوله : حمل عنه ، أي من حيث إن الولاء لهم من جرائها ونسبها ، وإلا فالظاهر أنها وجبت عليهم ابتداء لا عليها ثم تحولت إليهم ، (ثم على مولى المولى) أي معتق المعتق ، (ثم على عصابته الأقرب فالأقرب) من النسب ثم من الولاء (كالميراث سواء فيقدم من يدلى بأبوين على من يدلى بأب) من الإخوة والاعمام وبنيهم ، (وإن تساوى جماعة في القرب وكثروا) كالبنين والإخوة لأبوين أو لأب ، (وزع ما يلزمهم بينهم) كالميراث ، (ومن صار أهلا عند الحول ، ولم يكن أهلا عند الوجوب كفقير يستغني وصبي يبلغ ومجنون يفيق ، دخل في التحمل) لأنه في وقت الوجوب من أهل الوجوب أشبه من كان من ابتداء الحول كذلك ، (وعاقلة ابن الملاعنة) المنفى باللعان وولد الزنا - (عصبة أمه) ؛ لأنهم عصبته الوارثون له .

★ ★ ★



فصل

وما تحمله العاقلة يجب مؤجلا في ثلاث سنين ؛ لقول عمر وعلي في دية الخطأ ولم يعرف لهما مخالف فكان كالإجماع . (في آخر كل سنة ثلثه إن كان) الواجب (دية كاملة كدية النفس أو) دية (طرف كالأنف) لأنه لا مرجح لبعض السنين على بعض ، ولأنه مال يجب على سبيل المواساة ؛ فلم يجب حالا كالزكاة ، (وإن كان) الواجب

(الثلث كدية المأمومة) والجائفة ، (وجب في آخر السنة الأولى) ولم يجب منه شيء حالا ؛ لأن العاقلة لا تحمل حالا ، (وإن كان) الواجب (نصف الدية الكاملة كدية اليد) من الذكر الحر المسلم (ودية المرأة) المسلمة (و) دية (الكتابي ، أو) كان الواجب (ثلثيها كدية المنخرين) دون الحاجز - (وجب الثلث في آخر السنة الأولى) لأنه قدر ما يؤدي من الدية الكاملة فوجب لتساويهما في وقت الوجوب ، (و) وجب (الثلث الثاني أو السدس الباقي من النصف في آخر) السنة (الثانية) لأن ذلك محل القسط الثاني من الكاملة ، (وإن كان) الواجب (أكثر من دية مثل أن أذهب سمع إنسان وبصره بجناية واحدة ففي ست سنين) ، فيؤخذ (في كل سنة ثلث) دية لأن الواجب لو كان دون الدية لم ينقص في السنة عن الثلث ، فكذا لا يزيد عليه إذا زاد على الثلث، (وكذا لو قتلت الضربة الأم وجنينها بعد ما استهل) لوقت يعيش لمثله ، ففيهما ديتها ودية الجنين (لم يزد في كل حول على ثلث دية) كاملة لأنهما كالنفس الواحدة ، (وإن قتل اثنين) ولو بجناية واحدة فديتهما في ثلاث سنين ، لأن كل واحد له دية فيستحق ثلثها كما انفرد حقه ، (أو أذهب سمعه وبصره بجنايتين فديتهما) أي السمع والبصر (في ثلاث سنين) ، فيؤخذ (من كل دية ثلث) لأنها من جنايتين أشبه ما لو انفرد كل منهما ، (وابتداء الحول في الجرح من حين الاندمال) لأن الأرش لا يستقر إلا به ، (و) ابتداء الحول (في القتل من حيث الموت سواء كان قتلا موحياً أو عن سراية جرح) لأنها حالة الوجوب ، (ومن مات من العاقلة قبل الحول أو افتقر أو جن) منهم قبل الحول ، (لم يلزمه شيء) لأنه من مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة أشبه الزكاة ، (وإن مات) من العاقلة أحد (بعد الحول ، لم يسقط) ما عليه لأنه حق تدخله النيابة لا يملك إسقاطه في حياته أشبه الدين ، ولأنه وجب عليه لحولان الحول فلم يسقط كالزكاة وكذا لو جن بعد الحول ، وأما لو افتقر ففيه نظر ، (وعمد غير مكلف خطأ تحمله العاقلة) لأنه لا يتحقق من الصغير والمجنون كمال القصد ؛ فوجب أن يكون كخطأ البالغ ؛ ولأنه لا يوجب القول فحملته كغيره ، (وتقدم في كتاب الجنايات) .



باب كفارة القتل

الكفارة مأخوذة من الكفر وهو الستر لأنها تغطى الذنب وتستره ، والأصل فيها الإجماع * وسنده قوله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ﴾ [1] الآية . فذكر في الآية ثلاث كفارات : إحداهن بقتل المسلم في دار الإسلام خطأ . الثانية بقتله في دار الحرب وهو لا يعرف إيمانه . الثالثة بقتل المعاهد وهو الذمي . (من قتل نفساً محرمة أو شارك فيها ولو نفسه أو قنه أو مستأمناً أو معاهداً خطأ) للآية الكريمة ، (أو ما أجرى مجراه) لأنه أجرى مجراه في عدم القصاص فكذا يجري مجراه في الكفارة ، (أو شبه عمد) لما سبق ، (أو قتل بسبب في حياته أو بعد موته كحفر بئر ونصب سكين وشهادة زور) ، و (لا) كفارة (في قتل عمد محض) لمفهوم قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ ﴾ وسواء كان موجباً للقصاص أو غيره ، (ولا) كفارة أيضاً (في قتل أسير حربي يمكنه أن يأتي به الإمام فقتله قبله) أي قبل أن يأتي به الإمام ، (ولا في قتل نساء حرب وذريتهم ، ولا) في قتل (من لم تبلغه الدعوة إن وجد) فيحرم قتله قبل الدعوة ، ولا كفارة لأنه لا إيمان لهم ولا أمان ، (فعليه) أي القاتل أو المشارك في سوى ما استثنى (كفارة كاملة في ماله ، ولو كان القاتل إماماً في خطأ يحمله بيت المال) فتجب الكفارة في ماله لا في بيت المال ، (أو) كان القاتل (كافراً) فتجب عقوبة له كالحدود ، (وهي) أي كفارة القتل (عتق رقبة مؤمنة ، فإن لم يجد) رقبة مؤمنة فاضلة كما تقدم (فصيام شهرين متتابعين) للآية ، (وتقدم حكمها عند كفارة الظهار ، ولو ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم مات فعليه ، الكفارة) لأنه قتل نفساً محرمة أشبه قتل الآدمي بالمباشرة ، وكالمولود ، و (لا) تجب كفارة (بإلقاء مضغة) لم تتصور لأنها ليست نفساً . (وإن قتل جماعة) أو شارك في قتلهم (لزمه كفارات) بعددهم كجزاء الصيد والدية ، وتجب الكفارة (سواء كان المقتول مسلماً أو كافراً مضموناً) كالذمي والمستأمن لأنه مقتول ظلماً فوجبت فيه الكفارة كالمسلم ؛ وسواء كان المقتول (حراً أو عبداً) لعموم ، ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ ﴾ ، وسواء كان المقتول (صغيراً أو كبيراً ، ذكراً أو أنثى) لما سبق ، (وسواء كان القاتل كبيراً عاقلاً أو صبياً أو مجنوناً

---

(١) سورة النساء الآية : ٩٢ .

أو حراً أو عبداً أو ذكراً أو أنثى) لأنه حق مالي يتعلق بالقتل فتعلقت بهم كالدية والصلاة ، والصوم عبادتان بدنيتان ، وهذه مالية أشبهت نفقة الأقارب ، (ولا تجب كفارة اليمين على الصبي والمجنون) لأن كفارة اليمين تتعلق بالقول ولا قول للصغير والمجنون ، وهذه تتعلق بالفعل وفعلهما ، متحقق ويتعلق بالفعل ما يتعلق بالقول بدليل احبالها ، (ويكفر العبد بالصيام) لأنه لا مال له ، ولا مكاتباً لأن ملكه ضعيف ، (ويأتي في آخر كتاب الأيمان ، ويكفر من مال غير مكلف وليه) كإخراج زكاته ، ويكفر سفيه بصوم كمفلس ، (ومن رمى في دار الحرب مسلماً يظنه كافراً أو رمى إلى صف الكفار فأصاب فيهم مسلماً ، فعليه الكفارة) لقوله تعالى ﴿ وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ [1] ، ولا دية كما تقدم لظاهر الآية ، (ولا كفارة في قتل مباح كقتل حربي وباغ وصائل وزان محصن وقتل قصاصٍ أو حد) لأنه قتل مأمور به ، والكفارة لا تجب لمحو المأمور به ، (ولا) كفارة (في قطع طرف) كأنف ويد ، (و) لا في (قتل بهيمة) لأنه لا نص فيه وليس في معنى المنصوص ، وقتل الخطأ لا يوصف بتحريم ولا إباحة لأنه كقتل المجنون لكن النفس الذاهبة به معصومة محرمة ، فلذلك وجبت الكفارة فيها . وقال قوم : الخطأ محرم ولا إثم فيه ولا تلزم الكفارة قاتلا حربياً . ذكره في الترغيب ، (وأكبر الذنوب الشرك بالله ثم القتل ثم الزنا) للخبر .



(١) سورة النساء الآية : ٩٢ .

باب القسامة

اسم للقسم أقيم مقام المصدر من أقسم إقساماً وقسامة ، فهي الأيمان إذا كثرت على وجه المبالغة ، (وهي) شرعاً (أيمان مكررة في دعوى قتل معصوم) ، قال ابن قتيبة في المعارف : أول من قضى بالقسامة في الجاهلية الوليد بن المغيرة فأقرها النبي ﷺ في الإسلام . اهـ . وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبي ﷺ من الأنصار : « أن النبي ﷺ أقرَّ القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية »[1] رواه أحمد ومسلم . (ولا تثبت) القسامة (إلا بشروط) أربعة بل عشرة كما يعلم مما يأتي (أحدها دعوى القتل عمداً أو خطأ أوشبه عمد) لأن كل حق لآدمي لا يثبت لشخص إلا بعد دعواه أنه له ، والقتل من الحقوق (على واحد) قال في المبدع: لا يختلف المذهب فيه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « فيحلف خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته » ؛ ولأنها بينة ضعيفة خولف بها الأصل لدليل في الواحد فيقتصر عليه ويبقى على الأصل ما عداه (معين) لأن الدعوى لا تسمع على المبهم (مكلف) لتصح الدعوى (ذكراً أو أنثى حراً ، وعبد مسلم أو كافر ملتزم) لأحكام المسلمين كالذمي ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « على رجل منكم » والأنثى كالذكر ، (ذكراً كان المقتول أو أنثى حراً أو عبداً مسلماً أو ذمياً) لأنه قتل آدمي يوجب الكفارة فشرعت القسامة فيه كالحر المسلم ؛ ولأن ما كان حجة في قتل الحر المسلم كان حجة في قتل العبد والذمي ، (ويقسم على العبد) المقتول (سيده) لقيامه مقام وارثه ، (وأم الولد والمدبر والمكاتب والمعلق عتقه بصفة) قبل وجودها (كالقن) يقسم عليه سيده * قلت : والمبعض يقسم عليه وارثه وسيده بحسب ما فيه من الحرية والرق ، (فإن قتل عبد لمكاتب فللمكاتب أن يقسم على الجاني) بشروط لأنه سيد المقتول ، (وإن عجز) المكاتب عن أداء مال الكتابة كله أو بعضه (قبل أن يقسم) على الجاني ، (فلسيده أن يقسم) عليه لعوده إليه هو وما كان بيده ، (ولو اشترى) العبد (المأذون له في التجارة عبداً أو ملكه سيده عبداً فقتل ، فالقسامة لسيده) لأنه المالك (دونه) أي المأذون لأنه لا يملك ولو ملك ، (ولا قسامة فيما دون النفس من الجراح والأطراف والمال غير العبد) لأن القسامة ثبتت في النفس لحرمتها فاختصت بها كالكفارة ، (والدعوى فيها) كالدعوى في سائر (الحقوق : البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر يميناً واحدة) لأنها دعوى لا قسامة فيها فلا تغلظ بالعدد ، (وكذا لو ادعى القتل من غير وجود قتيل ولا عداوة) فالبينة

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات : باب القسامة .

عليه واليمين على المنكر يميناً واحدة ؛ لعموم الخبر ، (والمحجور عليه لسفه أو فلس - كغيره في دعوى القتل) لأن الحجر عليهما في مالهما وما يتعلق بالتصرف فيه ، (و) المحجور عليه لسفه أو فلس كغيره في (الدعوى عليه) بالقتل ، (إلا أنه إذا أقر بمال أو لزمته الدية بالنكول عن اليمين لم يلزمه في حال حجره) لاحتمال التواطؤ ، ويتبع بذلك بعد فك الحجر عنه ، (ولو جرح) بالبناء للمفعول (مسلم فارتد المجروح ومات على الردة ، فلا قسامة لأنه غير) معصوم ، (وإن مات) المجروح (مسلماً فارتد وارثه قبل القسامة ، فلذلك) أي لا قسامة لأن ملك المرتد لماله إما أن يزول أو يكون موقوفاً ، وحقوق المال لها حكمه ، فإن قلنا بزوال ملكه فلا حق له ، وإن قلنا موقوف ، فهو قبل انكشاف حاله مشكوك فيه ، ولا يثبت الحكم بشيء مشكوك فيه خصوصاً قتل مسلم ، (وإن ارتد) الوارث (قبل موت موروثه ، كانت القسامة لغيره) أي غير المرتد (من الوارث) لأن المرتد كالعدم ؛ لقيام المانع به ، فإن عاد إلى الإسلام قبل قسامة غيره ، قياس المذهب أنه يدخل في القسامة ، قاله في الشرح ، (وإن لم يكن له وارث سواه) أي المرتد ، (فلا قسامة فيه) لعدم الوارث الخاص ، (وإن ارتد رجل فقتل عبده ثم ارتد) السيد، (فإن عاد) السيد (إلى الإسلام فله القسامة) كما لو لم يرتد ، (وإلا) أي وإن لم يعد إلى الإسلام بأن قتل للردة أو غيرها أو مات مرتداً ، (فلا) قسامة لعدم الوارث الخاص.



فصل

الشرط الثاني اللوث ولو في الخطأ وشبه العمد [١]

(واللوث العداوة الظاهرة كنحو ما كان بين الأنصار وأهل خيبر ، وكما بين القبائل التي يطلب بعضها بعضاً بثأر ، وما بين أحياء العرب وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب ، وما بين البغاة وأهل العدل، وما بين الشرط) بوزن رطب : أعوان السلطان، الواحد شرطة كغرفة وشرطي ، ذكره في الحاشية ، (واللصوص) جمع لص ، ولعل المراد السارق وقاطع الطريق والمختلس وباط الصفن ونحوه ، (وكل من بينه وبين المقتول ضغن) أي حقد (يغلب على الظن قتله) لأن مقتضى الدليل أن لا تشرع القسامة ، ترك العمل به في العداوة الظاهرة لقصة الأنصاري في القتيل بخيبر ، ولا يجوز القياس عليها لأن الحكم ثبت بالمظنة، ولا يجوز القياس في المظان لعدم التساوي بين الأصل والفرع في المقتضى ، (قال القاضي : يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح ، وليس موجودًا فى أى من النسخ .

قتله وإن كانوا غائبين عن مكان القتل ؛ لأن) النبي ﷺ قال للأنصار : « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » وكانوا بالمدينة والقتيل بخيبر ؛ ولأن (للإنسان أن يحلف على غالب ظنه ، كما أن من اشترى من إنسان شيئاً فجاء آخر يدعيه - جاز) للمشتري (أن يحلف أنه) أي المدعي (لا يستحقه ؛ لأن الظاهر أنه ملك الذي باعه) له، (وكذلك) في الحلف على غلبة الظن (إذا وجد شيئاً بخطه أو بخط أبيه في دفتره جاز أن يحلف) إذا علم منه الصدق والأمانة وأنه لا يكتب إلا حقاً ، (وكذلك) في الحلف على غلبة الظن (إذا باع شيئاً لم يعلم فيه عيباً فادعى عليه المشتري أنه معيب وأراد رده ، كان له) أي البائع (أن يحلف أنه باعه ، بل يأمن العيب) على القول بأنه يقبل قول البائع ، والمذهب : القول قول المشتري بيمينه كما تقدم في خيار العيب ، (ولا ينبغي أن يحلف المدعي) للقتل (إلا بعد الاستثبات وغلبة ظن تقارب اليقين) ولذلك لما قتل عبد الله بن سهل واتهمت اليهود قال صلى الله عليه وسلم : «أتحلفون وتستحقون لقاتلكم ؟ قالوا : كيف نحلف ولم نشهد ولم نر ؟ »[1] ، (وينبغي للحاكم أن يعظهم) ويقول لهم : اتقوا الله ، يقرأ عليهم : ﴿ الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلا ﴾[2] الآية ، (ويعرفهم ما في اليمين الكاذبة) من الإثم وأنها تدع الديار بلاقع . (ويدخل في اللوث لو حصل عداوة بين سيد عبد) وغيره فقتل العبد ، فلسيده أن يقسم على عدوه ، (و) يدخل في اللوث أيضاً لو حصلت العداوة بين (عصبته) وغيرهم وقتل ، فلعصبته أن يقسموا على أعدائهم وإن لم يكن بين المقتول وبينهم عداوة اكتفاء بما بين عصبته وبينهم، وكذا لو حصلت عداوة بين سيد وعبده (فلو وجد قتيل في صحراء وليس معه غير عبده كان ذلك لوثا في حق العبد) * قلت : لعل المراد إن كان عداوة بينه وبينه ، وإلا فلا يظهر ذلك ، (ولورثة سيده القسامة) على العبد ببقية الشروط ، (فإن لم تكن عداوة ظاهرة) بين المدعي عليه القتل والمقتول أو عصبته أو سيده (ولكن غلب على الظن صدق المدعى ، كتفرق جماعة عن قتيل ، أو كانت عصبته من غير عداوة ظاهرة ، أو وجد قتيلا عند من معه سيف ملطخ بدم ، أو في زحام أو شهادة جماعة ممن لا يثبت القتل بشهادتهم كالنساء والصبيان والفساق ، أو) شهد بالقتل (عدل واحد وفسقة ، أو تفرق فئتان عن قتيل ، أو شهد رجلان) عدلان (على رجل أنه قتل أحد هذين القتيلين ، أو شهد) أي الرجلان (أن هذا القتيل قتله أحد هذين ، أو شهد أحدهما إن إنساناً قتله و) شهد (الآخر أنه أقر بقتله) ، لم يثبت القتل عند القاضي ولا يكون ذلك لوثاً ،

---

(١) الحديث متفق عليه من رواية رافع بن خديج أخرجه البخارى في كتاب الأحكام : باب كتاب الحاكم إلى عماله ، وأخرجه مسلم في كتاب القسامة : باب القسامة .

(٢) سورة آل عمران الآية : ٧٧ .

والمنصوص : يثبت القتل ، واختاره أبو بكر ، ذكره في الشرح والمبدع ، وهو مقتضى كلامهم في الشهادة ، (أو شهد أحدهما) أي الرجلين على القاتل (أنه قتله بسيف و) شهد (الآخر) أنه قتله (بسكين ونحو ذلك ، فليس بلوث) لقوله ﷺ : « لو يعطى الناس بدعواهم »[1] الخبر . (ولا يشترط) للقسامة (مع العداوة) الظاهرة (أن لا يكون في الموضع الذي به القتل غير العدو) ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم لم يسأل الأنصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا ، مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها ؛ لأنها كانت أملاكاً للمسلمين يقصدونها لأخذ غلال أملاكهم ، (ولا) يشترط للقسامة أيضاً (أن يكون بالقتيل أثر القتل كدم في أذنه أو أنفه) ؛ لأن النبي ﷺ لم يسأل الأنصار هل بقتيلهم أثر أم لا ، مع أن القتل يحصل بما لا أثر له كغضم الوجه ، (وقول القتيل : قتلني فلان ، ليس بلوث) لقوله صلى الله عليه وسلم : « لو يعطى الناس بدعواهم » الخبر . وأما قول قتيل بني إسرائيل : فلان قتلني ، فلم يكن فيه قسامة بل كان ذلك من آيات الله ومعجزات نبيه موسى ﷺ ثم ذلك في تبرئة المتهمين فلا يجوز تعديه إلى تهمة البريئين ، (ومتى ادعى) أحد (القتل عمداً أو غيره) مع عدم لوث ، (أو وجد قتيل في موضع فادعى أولياؤه على قاتل مع عدم اللوث) أي على أحد أنه قتله ، (حلف المدعى عليه يميناً واحدة وبرىء) ، وكذا لو ادعوا على جماعة وإن كان لهم بينة حكم بها ، والتحليف في إنكار دعوى العمد رواية ، قال في الإنصاف : وهو الصحيح من المذهب ، قال الزركشي : والقول بالحلف هو الحق ، وصححه في المغنى والشرح وغيرهما واختاره أبو الخطاب وابن البناء وغيرهم ، والرواية الثانية : لا يمين ولا غيره ، قطع بها الخرقي ، قال في الفروع : وهي أشهر ، قال في التنقيح : لم يحلف على المذهب المشهور ، وقدمها في المنتهى . (وإن نكل) عن اليمين المدعى عليه في العمد على القول بأنه يحلف ، (لم يقض عليه بالقود) لأنه كالحد يدرأ بالشبهة ، (بل) يقضي عليه (بدية) القتل .



فصل

الشرط الثالث اتفاق الأولياء في الدعوى[2]

لأنها دعوى قتل ؛ فاشترط اتفاق جميعهم فيها كالقصاص، (فإن كذب بعضهم بعضا

---

(١) الحديث متفق عليه أخرجه البخارى في كتاب التفسير سورة آل عمران : باب ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله ﴾ [آية ٧٧] ، وأخرجه مسلم في الصحيح كتاب الأقضية : باب اليمين على المدعى عليه .

(٢) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس موجودًا فى أى من النسخ .

فقال أحدهم : قتله هذا ، وقال آخر : لم يقتله هذا ، أو) قال (بل قتله هذا - لم تثبت القسامة عدلا كان المكذب أو فاسقاً ؛ لعدم التعيين) أي لعدم اتفاقهم على واحد معين ، (فلو كانت الدعوى) بالقتل (على أهل مدينة أو) أهل (محلة أو) على (واحد غير معين ، لم تسمع) الدعوى لعدم تعيين المدعى عليه كسائر الدعاوي ، (فإن لم يكذبه) أي المدعى (أحدهم ولم يوافقه في الدعوى مثل أن قال أحدهم قتله هذا وقال الآخر لا نعلم قاتله - لم تثبت) القسامة (أيضاً) لأنهما لم يتفقا على عين القاتل ، فلم تثبت القسامة ، كما لو كذبه ؛ ولأن الحق في محل الوفاق إنما يثبت بأيمانهما التي أقيمت مقام البينة ، ولا يجوز أن يقوم أحدهما مقام الآخر في الأيمان كما في سائر الدعاوي ، (وكذلك إن كان أحد الوليين غائباً فادعى الحاضر دون الغائب) لم يثبت القتل ، (أو ادعيا) أي الوليان (جميعاً على) شخص (واحد ونكل أحدهما عن الأيمان - لم يثبت القتل) لعدم الأيمان منهما ، ولا يجوز أن يقوم أحدهما مقام الآخر فيها ، (وإذا قال الولي بعد القسامة : غلطت ما هذا) المدعى عليه (الذي قتله)، بطلت القسامة، (أو) قال الولي بعد القسامة (ظلمته بدعواى القتل عليه) ، بطلت القسامة لاعتراف الولي بذلك ، (أو) قال الولي بعد ذلك (كان هذا المدعى عليه في بلد آخر يوم قتل وليي ، وكان بينهما بعد لا يمكنه) أي المدعي عليه (أن يقتله إذا كان) المدعى عليه (فيه) أي في ذلك البلد - (بطلت القسامة) ؛ لاعترافه بكذب نفسه ، (ولزمه) أي الولي (رد ما أخذه) لأنه أخذه بغير حق ، (وإن قال) الولي (ما أخذته حرام ، سئل) الولي (عن ذلك ، فإن قال : أردت أني كذبت في دعواي عليه - بطلت القسامة أيضاً) لاعترافه بالكذب ، (وإن قال) الولي (أردت) بقولي ما أخذته حرام (أن الأيمان تكون في جنبة المدعى عليه) أي في جهته ، (لم تبطل) دعواه بذلك ، (وإن قال) الولي (هذا) أي المال (مغصوب ، وأقر بمن غصبه منه ، لزمه) أي الولي (رده) أي رد ما أخذه (عليه) أي علي من أقر بالغصب منه ؛ أن صدقه مؤاخذة له بإقراره ، (ولا يقبل قوله) أي الولي (على من أخذ منه) أنه كان غصبه لأن الأصل خلافه فلا يطالبه ببدله ، (وإن) قال الولي هذا حرام ، (لم يقر به لأحد - لم ترفع يده) أي الولي (عنه ؛ لأنه لم يتعين مستحقه ، والقول قوله) أي الولي (في مراده) بقوله : هذا حرام . لأنه أدرى به ، (وإن أقام المدعى عليه) بالقتل (بينة أنه كان يوم القتل في بلد بعيد من بلد المقتول لا يمكنه) أي المدعى عليه (مجيئه إليه) أي إلى بلد المقتول في يوم واحد - بطلت الدعوى لعدم إمكان القتل منه إذن ، (وإن قالت بينة نشهد أن فلاناً لم يقتله - لم تسمع هذه الشهادة) كما لو شهدت أن لا دين عليه . لأنها شهادة على نفي غير محصور ، (فإن قالا) أي الشاهدان (ما قتله فلان بل قتله فلان ، سمعت)

شهادتهما وعمل بها . لأنها على نفي محصور كقولها : هذا وارث زيد لا وارث له غيره. (وإن قال إنسان : ما قتله هذا المدعي عليه بل أنا قتلته . فإن كذبه) أي المقر (الولي لم تبطل دعواه ، وله) أي الولي (القسامة) لاحتمال كذب المقر ، (ولا يلزمه) أي الولي (رد الدية إن كان أخذها) لأنه لا يتحقق بذلك ظلمه ، (وإن صدقه) أي المقر (والولي أو طالبه) الولي (بموجب القتل - لزمه) أي الولي (رد ما أخذه) لاعترافه بأنه أخذه بغير حق ، (وبطلت دعواه على الأول وسقط القود عنهما) أي عن الأول لتصديق الولي أن القاتل الثاني ، وعن الثاني لأنه أحيا نفساً ، (وله) أي الولي (مطالبة الثاني بالدية) مؤاخذة له بإقراره ، وفي المنتهى في الجنايات : ولو أقر الثاني بعد إقرار الأول - قتل الأول .

★ ★ ★



فصل

الشرط الرابع أن يكون في المدعين

للقتل (ذكور مكلفون ولو واحدا) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « يقسم خمسون رجلا منكم »[1] ؛ ولأن القسامة حجة يثبت بها قتل العمد فاعتبر كونها من رجال عقلاء كالشهادة ، (فلا مدخل للنساء) في القسامة فلا يستحلفن لمفهوم ما سبق ، (و) لا (الخنثى) لاحتمال أنوثته ، (و) لا مدخل أيضاً للصبيان والمجانين في القسامة ؛ لأن قول الصغير والمجنون ليس بحجة بدليل أنهما لو أقرا على أنفسهما لم يقبل ، فكذا لا يقبل قولهما في حق غيرهما (عمدًا كان القتل أو خطأ) لأن الخطأ أحد القتلين أشبه الآخر * لا يقال : الخطأ يثبت المال ، وللنساء مدخل فيه . لأن المال يثبت ضمنا لثبوت القتل ، ومثله لا يثبت بالنساء ؛ بدليل ما لو ادعى زوجية امرأة بعد موتها ليرثها وأقام رجلا وامرأتين أنه لا يقبل ، (فيقسم الرجال العقلاء فقط) لما تقدم ، (والحق) في القصاص أو الدية (للجميع) أي جميع الورثة ذكوراً كانوا أو إناثاً مكلفين أولا ، (وإن كان الجميع) من الورثة (لا مدخل لهم في القسامة كالنساء والصبيان - فكما لو نكل الورثة) فيحلف المدعي عليه خمسين يميناً ويبرأ ، (فإن كان) أي الوارثين (اثنين فأكثر البعض غائب أو غير مكلف أو ناكل عن اليمين ، فلحاضر مكلف أن يحلف بقسطه ويستحق نصيبه من الدية) لأن القسامة حق له ولغيره . فقيام المانع بصاحبه لا يمنع من حلفه واستحقاقه نصيبه وكالمال المشترك بينهما . وإنما حلف بقسطه . لأن لو كان الجميع حاضرين لم يلزمهم أكثر من قسطه من الأيمان . فكذا مع المانع هذا (إن كانت الدعوى)

---

(١) سبق تخريجه وهو من المتفق عليه .

بالقتل (خطأ أو شبه عمد . فإذا قدم الغائب وبلغ الصبي وعقل المجنون ، حلف ما يخصه وأخذ من الدية بقسطه) لأنه يبنى على أيمان صاحبه المتقدمة ، (وإن كانت) الدعوى بالقتل (عمداً - لم تثبت القسامة حتى يحضر الغائب ويبلغ الصغير ويعقل المجنون . لأن الحق لا يثبت إلا بالبينة الكاملة ، والبينة أيمان الأولياء كلهم) وهذا التعليل يقتضي عدم الفرق بين العمد وغيره ، ولو قال : لأن القصاص لا يمكن تبعيضه، لكان أولى ، (ويشترط) للقسامة (أيضاً أن لا يكون للمدعين بينة) ، فإن كان قضى لهم بها ولا قسامة ، (و) يشترط أيضاً (تكليف قاتل لتصح الدعوى) عليه ، (و) يشترط أيضاً (إمكان القتل منه) أي من المدعي عليه . وإلا فلا كبقية الدعاوي ، (و) يشترط أيضاً (صفة القتل) أي أن يصف القتل في الدعوى ، فلو استحلفه حاكم قبل تفصيله لم يعتد به ، (و) يشترط أيضاً (طلب الورثة) جميعهم ، (و) يشترط أيضاً (اتفاقهم) أي الورثة (على القتل ، و) على عين القاتل ، وتقدم بعضه مفصلا. (وليس من شرطها) أي القسامة (أن تكون الدعوى بقتل عمد يوجب القصاص) لأن القسامة حجة، فوجب أن يثبت بها الخطأ كالعمد ، (فلو كان القاتل ممن لا قصاص عليه كالمسلم يقتل كافراً أو الحر يقتل عبداً - سمعت القسامة) كالخطأ ، (لكن إن كان على قتل عمد محض - لم يقسموا إلا على واحد معين) ؛ لخبر سهل ، وكذا إن كان القتل (خطأ أو شبه عمد) لم يقسموا إلا على واحد معين كالعمد ، (إن قلنا تجري فيهما) أي الخطأ وشبه العمد (القسامة) وهو قول غير الخرقي ، وهو المذهب ، وجزم به المصنف قريباً .



« فصل في كيفية القسامة »(1)

ويبدأ في القسامة بأيمان المدعين عدولا كانوا أو لا ، نص عليه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « فيحلف خمسون رجلا منكم » ، (فيحلفون خمسين يميناً) لحديث عبد الله بن سهل (بحضرة الحاكم أنه قتله ؛ لأنها أقيمت مقام البينة فلا يعتد بها إذا وقعت) بغير حضرته ، (و) إذا حلفوا خمسين يميناً أنه قتله (ثبت حقهم قبله) أي المدعي عليه ، (فإن لم يحلفوا) أي المدعون ، (حلف المدعي عليه ولو امرأة خمسين يميناً وبرىء) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في قصة عبد الله بن سهل : « أتحلفون وتستحقون لقاتلكم ؟ قالوا: كيف نحلف ولم نشهد ولم نر ؟ قال : فتبرئكم يهود بخمسين يميناً . قالوا : كيف تأخذ

(1) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس موجوداً فى أى من النسخ .

أقوال قوم كفار ؟ قال : فعقله النبي ﷺ من عنده »[1] رواه الجماعة . (ويعتبر حضور المدعي عليه وقت اليمين كالبينة) أي كما يعتبر حضور المدعي عليه وقت إقامة البينة (عليه، و) يعتبر (حضور المدعي أيضاً) وقت اليمين كالمدعي عليه ، (وتختص الأيمان بالورثة) لأنها أيمان في دعوى فلم تشرع في حق غير الوارث كسائر الأيمان (الذكور) المكلفين لما تقدم من أنه لا مدخل للنساء والخناثى والصبيان والمجانين (دون غيرهم) أي غير الورثة الذكور ، (فتقسم) الأيمان (بين الرجال من ذوي الفروض والعصبات على قدر ورثهم إن كانوا جماعة) لأن موجبها الدية وهي تقسم كذلك فكذا يجب أن تقسم هي ، (وإن كان) الوارث رجلا (واحدا حلفها) أي الخمسين يمينا ، (وإن كانوا) أي الرجال الوارثون (خمسين - حلف كل واحد) منهم (يميناً) واحدة تعديلا بينهم ، (وإن كانوا أكثر) من خمسين رجلا (حلف منهم خمسون) رجلا (لكل واحد) منهم (يمينا) واحدة ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته » .[2] (وإن كانوا) أي الورثة (أقل) من خمسين رجلا (فإن انقسمت) الخمسون عليهم (من غير كسر ، مثل أن يخلف المقتول ابنين أو) خلف (أخاً وزوجاً - حلف كل واحد منهما خمسة وعشرين يميناً) لأن ذلك قدر إرث كل منهما ، (وإن كان فيها كسر جبر) الكسر -(عليهم) كزوج وابن) بحلف ثلاثة عشر يمينا (و) الابن (ثمانية وثلاثين) يميناً . لأن تكميل الخمسين واجب ولا يكمن تبعيضها . والجبر في كل واحد لعدم المزية ، فالزوج له الربع اثنا عشر ونصف فيكمل والابن له الباقي وهو سبع وثلاثون ونصف فيكمل فيصير كما ذكر ، (وإن كانوا) أي الورثة (ثلاثة بنين حلف كل واحد) منه (سبعة عشر) يمينا . لأن لكل ابن ثلاثة أيمان ستة عشر يميناً وثلثين ثم يكمل ، (وإن كان فيهم) أي الورثة (من لا قسامة عليه بحال كالنساء) والخناثى (سقط حكمه) لأنه لا مدخل له في القسامة ، (فابن وبنت يحلف الابن خمسين) يميناً كما لو لم تكن البنت ، (وأخ وأخت لأب وأم) أو لأب فقط (وأخ وأخت لأم) فقط (قسمت الأيمان بين الأخوين) دون الأختين (على أحد عشر) لأنها سهام الأخوين من مصحح المسألة ، فإن أصلها من ثلاثة مخرج الثلث لولدي الأم واحد لا ينقسم عليهما ، ولولدي الأبوين أو لأب اثنان لا ينقسمان على ثلاثة ، والاثنان والثلاثة متباينان ومسطحهما ستة هي جزء السهم ، فاضربها في ثلاثة يحصل ثمانية عشر ، ومنها تصح

---

(١) الحديث متفق عليه أخرجه البخارى في كتاب التفسير سورة آل عمران : باب ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله ﴾ [آية ٧٧] ، وأخرجه مسلم في الصحيح كتاب الأقضية باب اليمين على المدعى عليه .

(٢) راجع ما قبله .

حصة الأخ لأبوين أو لأب ثمانية وحصة الأخ لأم ثلاثة ومجموع ذلك أحد عشر ؛ فلذلك قال (على الأخ من الأبوين) أو لأب (ثمانية ، وعلى الأخ لأم ثلاثة) فيحصل في قسمة الخمسين على الأحد عشر كسر ، (ثم يجبر الكسر عليهما ، فيحلف الأخ من الأب سبعاً وثلاثين ، و) يحلف الأخ (الآخر) وهو الأخ من الأم فقط (أربعة عشر) يميناً .



« فصل وإن مات المستحق »(١)

للقسامة (انتقل إلى وارثه ما عليه من الأيمان على حسب مواريثهم) كالمال ، (ويجبر الكسر فيما عليهم) أي ورثة المستحق (كما يجبر في حق ورثة القتيل) لعدم تبعيض اليمين ، (فإن مات بعضهم) أي بعض ورثة المستحق (قسم نصيبه من الأيمان بين ورثته) على حسب مواريثهم لقيامهم مقامه ، (فلو كان للقتيل ثلاثة بنين فعلى كل واحد) منهم (سبعة عشر) لما سبق ، (فإن مات أحدهم) أي البنين (قبل أن يقسم) أي يحلف ما عليه (وخلف ثلاثة بنين) أيضاً ثم مات - (قسمت أيمانهم بينهم) أي بين بنيه (كل واحد ستة أيمان) جبراً للكسر ، (فإن كان موته) أي الابن (بعد شروعه في الأيمان فحلف) الابن بعضها استأنفها ورثته ولا يبنون على أيمانه ؛ لأن الخمسين جرت مجرى اليمين الواحدة) فلا تتبعض ، (وإن جن) من توجهت عليه القسامة (في أثنائها) أي الأيمان (ثم أفاق أو تشاغل عنه الحاكم في أثنائها - تمم) الأيمان وبنى على ما تقدم (ولم يستأنف) الأيمان ؛ (لأن الأيمان لا تبطل بالتفريق) لعدم اعتبار الموالاة فيها ، (وكذا إن عزل الحاكم في أثنائها) أي الأيمان - (أتمها) أي الأيمان (عند) الحاكم (الثاني ؛ فلا يشترط) في القسامة (أن تكون) الأيمان (في مجلس واحد) لظاهر الخبر ، (وكذا لو سأله) الحالف (الحاكم في أثنائها) أي الأيمان (إنظاره فأنظره) ثم أراد إتمامها ، فإنه يبنى على ما سبق ؛ لما تقدم .



« فصل وإذا حلف الأولياء »(٢)

الخمسين يميناً (استحقوا القود إذا كانت الدعوى) أنه قتله (عمداً) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته » ، (إلا أن يمنع

---

(١)و(٢) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس موجوداً فى أى من النسخ .

مانع) كعدم المكافأة . (وصفة اليمين أن يقول) الوارث : (والله الذي لا إله إلا هو عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور ، لقد قتل فلان بن فلان الفلاني ويشير إليه - فلاناً ابني أو أخي) أو نحوه (منفرداً بقتله ، ما شركه غيره عمداً أو شبه عمد أو خطأ بسيف أو بما يقتل غالباً . ونحو ذلك) مما يؤدي هذا المعني (فإن اقتصر) الحالف (على لفظ : والله) لقد قتل فلان الخ - (كفى) لأن ما زاد على ذلك تغليظ وليس بلازم كما يأتي . فلا يكون ناكلا بتركه ، (ويكون) لفظ الجلالة (بالجر) فيقول : والله وبالله وتالله (فإن قال : والله) ، أو بالله ، أو تالله (مضموما أو منصوباً - أجزأه . قال القاضي : تعمده أو) لم يتعمده ، لأن اللحن لا يحيل المعنى أي لا يغيره ، (وبأي اسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته) تعالى (حلف) الحالف - (أجزأه إذا كان إطلاقه) أي ما حلف به (ينصرف إلى الله) تعالى ، ويأتي تفصيل ذلك في كتاب الأيمان في كلامه ، (ويقول المدعى عليه) إذا توجهت إليه اليمين : (والله ما قتلته ، ولا شاركت في قتله ، ولا فعلت شيئاً مات منه ولا كان سبباً في موته ولا معيناً على موته . فإن لم يحلف المدعون أو كانوا نساء - حلف المدعى عليه خمسين يميناً) لما تقدم في خبر عبد الله بن سهل ، (فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى - عليه وداه) أي أعطى ديته (الإمام من بيت المال) لقصة عبد الله بن سهل ، (فإن تعذر) أخذ ديته من بيت المال - (لم يجب على المدعى عليه شيء) لحديث : « لو يعطى الناس بدعواهم » . (وإن رضوا) أي المدعون (بيمينه فنكل) عن اليمين - (لم يحبس) لأنها يمين مشروعة في حق المدعى عليه فلم يحبس عليها كسائر الأيمان ، (ولزمته الدية) لأنه حق ثبت بالنكول فيثبت في حقه كسائر الدعاوى ، (ولا قصاص) بنكول المدعى عليه عن اليمين لأنه حجة ضعيفة كشاهد ويمين ، (ولو رد المدعى عليه اليمين على المدعي ، فليس للمدعي أن يحلف) بل يقال للمدعى عليه : إما أن تحلف أو جعلتك ناكلا وقضيت عليك بالنكول ، (ويفدى ميت في زحمة كجمعة وطواف من بيت المال) روي عن عمر وعلي واحتج به أحمد ، وقال القاضي في قوم ازدحموا في مضيق وتفرقوا عن قتيل فقال : إن كان في القوم من بينه وبينه عداوة وأمكن أن يكون هو قتله ، فهو لوث .



فهرس الجزء الثامن من كشاف القناع

★ ★ ★